UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

LA

JUSTICE RETENUE

sa disparition

dans le

Contentieux administratif

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES POLITIQUES ET ECONOMIQUES)

Présentée et soutenue le 20 Décembre 1919, à 14 heures 1/2

PAR ABEL FETTU

AVOCAT

Membres du Jury :

MM. E. ARTUR Professeur, *Président.*
BLONDEL, Professeur.
THÉLOHAN, Professeur.

RENNES
IMPRIMERIE DE L'OUEST-ECLAIR
38, rue du Pré-Botté, 38
—
1919

LA

JUSTICE RETENUE

sa disparition

dans le

Contentieux administratif

UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

LA

JUSTICE RETENUE

sa disparition

dans le

Contentieux administratif

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES POLITIQUES ET ECONOMIQUES)

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Présentée et soutenue le 20 Décembre 1919, à 14 heures 1/2

PAR ABEL FETTU

AVOCAT

Président de Thèse : M. E. ARTUR, *professeur.*

Suffrageants { MM. BLONDEL, *professeur.*
THELOHAN, *professeur.*

RENNES

IMPRIMERIE DE L'OUEST-ECLAIR

38, rue du Pré-Botté, 38

—

1919

BIBLIOGRAPHIE

J. APPLETON..... *La séparation de l'administration active et de la juridiction administrative* (1898).

E. ARTUR..... *De la séparation des Pouvoirs et de la séparation des Fonctions de juger et d'administrer* (1905).

AUCOC ..... *Conférences sur le droit administratif* (2e édit.).

Le Conseil d'État avant et depuis 1789.

BAVOUX..... *Conseil d'État, Conseil Royal. Empiétement de l'autorité administrative sur l'autorité judiciaire* (1829).

BAZILLE ..... *Étude sur la juridiction administrative* (1867).

BERTHÈLEMY ..... *Traité élémentaire de droit administratif* (8e édition).

CHARDON ..... *L'Administration de la France* (1907).

COLIN ..... *Cours de droit administratif.*

CORNEMIN (DE) ..... *Du Conseil d'État* (1818).

DARESTE ..... *La justice administrative* (1898, 2e édit.

DUGUIT..... *Cours de droit administratif* (7e édition.)

DUGUIT ..... *Traité de Droit Constitutionnel* (1911).

ESMEIN ..... *Cours élémentaire d'Histoire du Droit Français* (4e édit. 1912.)

FERAUD-GIRAUD .... *Code de la Séparation des Pouvoirs* (1892.)

E. FLOURENS ..... *Organisation judiciaire et administrative* (1875.)

FUZIER-HERMANN .. *La Séparation des Pouvoirs* (1880.)

HAURIOU ..... *Précis de droit administratif et de droit public* (8e édit. 1914.)
Principes de Droit Public (1916.)

R. JACQUELIN ..... *Les principes dominants du Contentieux administratif* (1898.)

G. JÈZE ..... *Éléments de Droit Public et Administratif* (1910.)
Les principes généraux du droit administratif (1914).

LAFERRIÈRE ..... *Traité de la juridiction administrative* (1896, 2e édit.).

LEROY ..... *Les Transformations de la Puissance publique* (1907.)

L. MARIE ..... *Le droit positif et la juridiction administrative* (1903).

A. MAURY ..... *L'administration Française avant la Révolution de 1789.*

Recueil des Arrêts du Conseil d'État (fondé par MACAREL et LEBON.)

Recueil Général des Lois et des Arrêts de SIREY.

Répertoire du Droit Administratif de BÉQUET et LAFERRIÈRE (1882-1912).

Répertoire de DALLOZ.

SAINT-GIRONS ..... *Essai sur la séparation des Pouvoirs* (1881).

SERRIGNY ..... *Traité de l'organisation, de la compétence en matière contentieuse administrative* (1865).

TEISSIER ..... *La Responsabilité de la Puissance publique* (1906).

Thèses de Doctorat :

P. ALLARD. — *Des principes d'existence et d'organisation de la juridiction administrative* (Paris, 1903).

B. AUGER. — *Le tribunal des Conflits sous la 2e République* (Paris, 1911).

BOUCHARD. — *Des limites du contentieux administratif* (Paris, 1905).

BRUGÈRE. — *Le Conseil d'État : son évolution* (Toulouse, 1911).

COLLAVET. — *Du Recours comme abus considéré comme survivance de la justice retenue* (Lyon, 1903).

CRUET. — *Étude juridique sur l'arbitraire administratif* (Paris, 1906).

FABRE. — *Les actes de gouvernement* (Montpellier, 1908).

GRACH. — *De la limite des Pouvoirs des tribunaux administratifs sur les actes d'administration* (Paris, 1912).

JACQUELIN. — *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel* (Paris, 1891).

PETIT. — *La Présidence du tribunal des Conflits* (Paris, 1909).

TOURNYOL DU CLOS. — *Essai sur le Recours pour excès de pouvoir* (Paris, 1906).

TULPAIN. — *Les vestiges de la justice retenue* (Paris, 1912).

TISSOT. — *Principes de droit public* (1872).

R. WORMS. — *La juridiction du Conseil d'Etat et ses tendances actuelles : Revue Générale d'Administration* (1907, Mai, p. 5 à 25).

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

BIBLIOGRAPHIE 7

PRÉLIMINAIRES 15

PREMIÈRE PARTIE

Phase de la Justice Retenue

CHAPITRE PREMIER

LA JUSTICE RETENUE JUSQU'A LA RÉVOLUTION DE 1789 19

§ 1. — Le Roi en son Conseil..... 21

§ 2. — Les Intendants..... 26

CHAPITRE II

LA JUSTICE RETENUE DEPUIS LA RÉVOLUTION JUSQU'A LA LOI DU 24 MAI 1872..... 31

§ 1. — *La Révolution :* Son influence sur la justice retenue 31

§ 2. — *Le Consulat :* La Constitution de l'An VIII et le Conseil d'Etat..... 41

§ 3. — *L'Empire :* Décrets de juillet 1806, la Commission du Contentieux..... 47

§ 4. — *La Restauration :* Crise du Conseil d'État 50

PAGES

§ 5. — *Le Gouvernement de Juillet :* Ordonnances de 1831 ; Loi du 10 juillet 1845..... 52

§ 6. — *La Révolution de 1848 :* Loi du 3 mars 1849 55

§ 7. — *Le Conseil d'État dissous* par décret du 2 décembre 1851 *et rétabli* par la Constitution du 14 janvier 1852..... 56

§ 8. — *Le Gouvernement de la Défense Nationale :* Commission provisoire du Contentieux. 58

DEUXIÈME PARTIE

Phase de la Justice Déléguée

LOI DU 24 MAI 1872 ET CONSÉQUENCES DE LA DISPARITION DE LA JUSTICE RETENUE..... 63

§ 1. — *De la disparition de la justice retenue et de quelques cas de survivance*..... 67

(A. — Du Recours pour abus..... 69

(B. — Du Jugement des prises maritimes.... 75

(C. — Recours déférés au Chef de l'État par des textes spéciaux 81

§ 2. — *De la disparition de la justice retenue et du jugement des conflits*..... 83

§ 3. — *De la disparition de la justice retenue et de ses suites à propos de* MAJORAT *et du Décret du 1er mars 1808, art. 42*..... 99

§ 4. — *De la disparition de la justice retenue et de l'interprétation des actes de Gouvernement* 103

PAGES

§ 5. — *De la disparition de la justice retenue et de l'influence de la réforme au point de vue des tendances de la jurisprudence administrative* 118

(A. — Considérations générales..... 118

(B. — Des tendances de la jurisprudence administrative dans le domaine du Recours de pleine juridiction..... 125

(C. — Des tendances de la jurisprudence administrative dans le domaine du Recours en annulation pour excès de pouvoir 135

Conclusion 147

PRÉLIMINAIRES

La Justice Retenue, — cette prérogative du Souverain qui a joué dans le passé un rôle si important et dont l'influence dominante et prolongée s'est fait sentir sur nos institutions administratives et judiciaires — est une conception qui touche à son déclin : son intérêt n'est pourtant pas complètement épuisé.

Notre dessein est d'en retracer les vicissitudes au cours des différentes périodes de notre histoire en insistant sur sa disparition graduelle puis définitive et à peu près totale depuis 1872.

Nous considérons également comme devant solliciter d'une manière toute spéciale notre attention la recherche et l'analyse des conséquences qui se sont produites dans le champ d'application du contentieux administratif, lorsque, à la fin d'une longue évolution, la Justice déléguée s'est substituée à la Justice retenue.

La division suivante permettra, semble-t-il, d'exposer et de grouper, dans le cadre général qu'elle nous offre, les développements que le sujet comporte :

1re Partie : *Phase de la Justice Retenue.*

2e Partie : *Phase de la Justice Déléguée.*

PREMIÈRE PARTIE

Phase de la Justice Retenue

CHAPITRE PREMIER

LA JUSTICE RETENUE JUSQU'A LA RÉVOLUTION

Les origines de la Justice retenue sont lointaines : intimement reliées à l'idée de la suprématie royale mise en relief par les légistes du Moyen-Age, elles en dérivent directement. Le Roi, disait-on, réunit tous les pouvoirs en sa personne : il est la source de toute justice, dès lors il doit avoir le droit souverain de la retenir, si telle est sa volonté.

Cette théorie, accueillie à l'état d'axiome, dans notre Ancien droit, après s'être maintenue sans discontinuité jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, a trouvé le moyen de reparaître dans nos institutions modernes, de s'y faire une place relativement considérable alors que cependant, elle avait cessé d'être en harmonie avec les nouveaux principes reconnus comme base de la Souveraineté : curieux exemple d'une tradition qui, grâce à sa force acquise, a réussi, quoique dépourvue de son support primitif, à prolonger sa vitalité ! !

Détenteur d'une juridiction illimitée et universelle, le Roi ne pouvait évidemment pas avoir la prétention de se réserver toutes les causes et de les juger lui-

même. La nécessité de diminuer le poids d'un fardeau trop lourd le détermina à consentir des délégations de sa juridiction : en conséquence, des autorités furent créées et respectivement investies d'une compétence spéciale pour statuer sur tels ou tels litiges.

La mission de résoudre les difficultés entre particuliers fut dévolue aux Parlements chargés d'appliquer les lois civiles et pénales, tandis que d'autre part, notamment aux XIV^e^ et XV^e^ siècles, un certain nombre de juridictions étaient, à titre de Cours Souveraines, désignées pour connaître des questions se référant aux finances et au domaine de l'État. Cette branche d'affaires forma, dans le principe, un Contentieux administratif limité, d'ordre restreint, qui devait s'élargir et recevoir un développement considérable à dater du XVII^e^ siècle.

En vertu de la politique habile et centralisatrice de Richelieu, le Pouvoir Royal s'étendit aux différentes parties du territoire, s'affermissant progressivement, développant la nécessité de services publics de plus en plus nombreux, corrélatifs aux exigences sans cesse croissantes de l'État : Alors intervinrent en se généralisant, de multiples mesures administratives, très variées, donnant naissance à un contentieux complexe, formé de toutes les matières qui concernaient l'exercice de la Puissance Souveraine et mettaient plus ou moins directement en cause l'autorité Royale.

C'est sur ce terrain que le Roi entreprit d'exercer principalement sa Justice Retenue.

Cette justice, il la rendait ou bien en son Conseil, soit qu'il y siégeât réellement ou qu'il fût reputé fictivement y siéger, ou bien par l'intermédiaire des Intendants, ses mandataires dans les Provinces.

§ I. — Le Roi en son Conseil.

A toute époque, les Rois de France éprouvèrent le besoin de s'entourer de conseillers dont l'office était de les guider dans le Gouvernement du Royaume :

Aux XI^e^ et XII^e^ siècles, leur réunion forma la *Curia Regis ;* du XIII^e^ siècle jusqu'au XVIII^e^ elle s'appela le Conseil du Roi qui, malgré certaines épreuves, subsista durant toute cette période.

La composition de ce Conseil, dont la situation, sous la Monarchie, fut prépondérante, ne resta pas toujours la même : ses éléments varièrent suivant les époques. Aux XVI^e^ et XVII^e^ siècles, il comprenait des Conseillers en titre, appelés par la confiance du Roi et révocables, des dignitaires de la Couronne ou des représentants de la haute noblesse, membres de droit; des Conseillers à Brevet, le brevet conféré fréquemment à des Seigneurs et à des Prélats, des Maîtres de Requêtes, auxiliaires zélés, chargés de la préparation des affaires à soumettre au Roi.

Plus tard à partir de Louis XIV, il advint que le personnel honorifique d'une utilité très douteuse, cessa, par élimination successive, de prendre part aux délibérations du Conseil, qui ne demeura plus guère com-

posé que de conseillers dignes de ce titre par leur valeur professionnelle.

Les attributions de ce conseil étaient fort étendues. Au rôle politique et administratif qu'il remplissait tout à la fois s'ajoutèrent des fonctions contentieuses : c'est ainsi qu'à l'exclusion de tous tribunaux il eut à connaître des affaires administratives qui lui étaient dévolues ; sa compétence, à cet égard, était générale : toutefois ce n'était pas lui qui prononçait ; il devait se borner à donner des avis ; n'ayant aucun pouvoir propre il n'offrait pas le caractère d'un tribunal véritable : seul le Roi décidait, agissant en cela, dans la sphère et dans la plénitude de ses prérogatives juridictionnelles : « Le Roi ordonne » ou encore « Le Conseil statuant au nom du Roi.... ; comme représentant du Roi. »

La multiplicité des questions dont le conseil du Roi était saisi détermina son fractionnement en plusieurs Conseils respectivement investis de compétences spéciales : en dehors du Conseil d'en haut et du Conseil des Parties, le premier d'ordre essentiellement gouvernemental, délibérant sur la paix et sur la guerre et dont les titulaires en nombre très restreint portaient le nom des Ministres d'Etat, le second dont nous dirons la mission dans un instant, il y avait, aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, le Conseil des Finances et le Conseil des Dépêches entre lesquels se répartissait le contentieux administratif.

Si le Roi était le juge incontesté des litiges qui rele-

vaient de la Couronne, des Finances ou de l'Administration, il ne se fit pas néanmoins scrupule, fort de l'adage que toute justice émanait de lui, de franchir les limites de ce domaine réservé et d'empiéter sur celui des juridictions ordinaires : les délégations qu'il avait pourtant consenties n'étaient pas de nature à former un obstacle à ces entreprises. Sans doute, elles impliquaient de la part du Pouvoir Royal un dessaisissement ; mais, un tel renoncement pouvait-il être définitif ? ne devenait-il donc pas révocable dès l'instant où il plaisait au Roi de suspendre l'effet de la délégation concédée aux juges ordinaires et de s'immiscer dans l'exercice de leur fonction ?

Cette immixtion qui modifiait le cours de la justice normale se produisit dans des hypothèses très fréquentes. Le Roi trouvait tout naturel et pleinement conforme à la conception de sa souveraineté d'attribuer compétence à lui-même et à son conseil relativement à des contestations dont l'examen ne rentrait pas dans son ressort ; il suffisait qu'un litige présentât à ses yeux de l'intérêt, notamment à raison de la qualité de la partie engagée dans le débat, pour qu'il évoquât la cause en son conseil, plus spécialement devant le conseil des Parties et la cause était jugée avec le concours d'Avocats autorisés, datant d'Henri III et qui seuls avaient qualité pour représenter les parties devant le Conseil (Règlements de 1597, de 1626).

Parfois, au lieu d'évoquer, le Roi recourait aux jugements par commissaires, c'est-à-dire qu'il dési-

gnait tels officiers que bon lui semblait (Lebret, de la souveraineté. Liv. II, Chap. I, p. 10) exclusivement en vue de l'expédition d'un litige déterminé. Ces juges d'occasion étaient plus soucieux, quand ils rendaient leur sentence, de se faire les complaisants du Pouvoir qui les avait commis que de servir les intérêts de la justice.

Il arrivait également que certaines personnes obtenaient d'avance, au moyen de lettres Royales dites de *committimus*, l'autorisation, à durée permanente, de comparaître devant des juges spéciaux.

Grâce à ces divers expédients, la Justice retenue s'étendait malgré les résistances des États Généraux et au grand mécontentement des Cours souveraines qui, de leur côté, en guise de représailles, n'hésitèrent pas à sortir de leurs attributions.

Les démêlés auxquels donnèrent lieu ces usurpations réciproques furent longs et ardents : les Parlements firent entendre leurs doléances, contre les excès du Pouvoir Royal : mais la lutte prit fin par l'affirmation catégorique et sans réplique, contenue dans des arrêts du Conseil du Roi, des droits du souverain. Voici, à titre d'exemple, comment s'exprimait le préambule de l'arrêt du Conseil du 19 octobre 1656 (1). « Tous les Rois ont jugé nécessaire d'avoir auprès de leur personne un Conseil par l'avis duquel ils puissent souverainement et de puissance absolue régler toutes

(1) LAFERRIÈRE, tome I, page 160.

les autres juridictions, décider les différends qui naissent entre elles, pourvoir aux évocations de droit, donner des juges non suspects à leurs sujets, et retenir à soi la connaissance des affaires dont ils ont voulu se réserver la connaissance par des considérations quelquefois importantes à l'État ».

Dans un autre arrêt du 8 juillet 1661 (2) Louis XIV déclarait avec hauteur aux Compagnies souveraines de son royaume qu'il leur faisait défense très expresse « de prendre aucune connaissance des procès dont sa Majesté aurait retenu et réservé le jugement à soi et à son Conseil à peine d'encourir son indignation. »

Le Roi usurpateur ne tolérait pas que d'autres que lui pussent empiéter !

La prééminence du Conseil du Roi sur tous les corps judiciaires devait entrainer une nouvelle application de la Justice Retenue.

Il était admis comme principe, qu'une fois épuisées toutes les voies de recours, les décisions émanant des Cours souveraines devenaient inattaquables. Or, cette règle si rationnelle qu'elle fut, devait encore fléchir : Se pouvait-il, en effet, que devant la volonté contraire du Roi, elle prévalut ? Arbitre suprême de la Justice, maître de soustraire à des juges des causes dont ils étaient normalement saisis, comment n'aurait-il pas joui du droit de contrôler la sentence et de la casser, s'il l'estimait convenable ? Voilà, comment, sur le

(2) LAFERRIÈRE, tome I, page 160.

modèle de la *Proposition d'erreur* (3), supprimée il est vrai en 1667, fut institué au XVII[e] siècle un pourvoi en cassation ouvert contre les arrêts souverains pour violation des ordonnances ou coutumes. Ce pourvoi sorte de faveur octroyée par le Roi, était porté devant le Conseil privé ou Conseil des Parties, instruit par les Maîtres des Requêtes attachés à son service et jugé par les Conseillers d'État, choisis par le Roi : néanmoins il laissait à désirer sous le rapport des garanties.

La Justice retenue se traduisait enfin par cette prérogative du Conseil du Roi de trancher les conflits résultant d'une opposition entre les deux Pouvoirs, administratif et judiciaire. Le Conseil du Roi, par celà même qu'il dominait toutes les justices apparaissait comme le grand régulateur des compétences et des juridictions.

Les explications que nous venons de donner permettent de constater que le Conseil du Roi constituait une juridiction très importante du Royaume : la principale.

§ II. — Les Intendants.

Venait en seconde ligne, comme importance, la juridiction des Intendants qui avait, avec la précédente, des points de jonction.

Continuateurs de ces Inspecteurs qui, au XVI[e] siècle parcouraient, dans des chevauchées en tous sens, le

(3) Esmein, *Histoire du Droit Français*, page 432.

territoire de la France, les Intendants pris d'ordinaire parmi les Maîtres des Requêtes étaient à la fois, par leur origine, dépendants du Conseil et en vertu de la commission que leur avait concédée le Roi, les agents par excellence du Pouvoir Central.

Ayant la charge de diriger partout leurs investigations, de surveiller les actes de tous les Fonctionnaires, de dénoncer les abus découverts dans les diverses branches de l'Administration et de la Justice, ils possédaient de multiples fonctions.

Comme intendants de justice, ils avaient leur entrée dans les tribunaux judiciaires, droit d'y siéger et même de les présider, sauf dans les Parlements : de plus, ils étaient investis d'une juridiction très développée s'étendant à une foule de matières, sorte de prolongement de la Justice Retenue qu'ils exerçaient dans les provinces. Leurs décisions étaient portées en appel devant le Conseil du Roi qui, défenseur énergique des Intendants ne manquait pas d'évoquer les causes déférées aux tribunaux judiciaires dans lesquelles ils figuraient : de la sorte, l'action judiciaire se trouvait paralysée et les plaintes ou poursuites en responsabilité intentées contre eux par les particuliers n'aboutissaient pas, sous prétexte que l'intérêt supérieur de l'administration imposait, en pareil cas, l'abstention de la justice ordinaire ?

Les prérogatives nombreuses dont jouissaient les intendants, portèrent ombrage aux Parlements. Ceux-ci protestèrent contre « ce nouvel usage d'intendants

qui forme une espèce de justice faisant appeler les parties en vertu de leurs mandements et tenant greffiers » et qui « prennent connaissance de divers faits dont ils attirent au Conseil les appellations au préjudice de la juridiction ordinaire des Parlements. »

Les Parlements en 1648, à force d'insister, obtinrent même la suppression des intendants, succès toutefois éphémère : car, peu après, ils étaient rétablis, consolidés dans leurs charges et jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, ils n'ont cessé, par leur activité et leur esprit d'organisation, de faire pénétrer dans l'administration, les principes de méthode, d'unité et de centralisation.

La Justice retenue dont nous venons de suivre le développement au contact et sous l'égide de l'Absolutisme Royal, prêtait, à ne la considérer que dans ses manifestations, largement à la critique.

Qu'on l'observe dan sa sphère d'application directe, normale, c'est-à-dire dans le domaine du contentieux administratif ou d'intérêt public qu'elle s'était attribué comme un apanage exclusif ou dans le ressort si souvent usurpé par elle du contentieux judiciaire ou d'intérêt privé, deux domaines qui coexistaient, on saisit immédiatement toute la distance qui la séparait de la Justice véritable.

Celle-ci se reconnaît, avant tout, à l'impartialité, cette vertu éminente et nécessaire qui doit présider aux décisions à rendre. Or, dans le système de la justice retenue l'arbitraire et l'abus dominaient : tout

à la fois législateur, gouvernement et juge, le Roi confondait en lui-même tous les pouvoirs.

Une telle confusion aboutissait à l'absence de règles obligatoires ; à vrai dire, le droit, dans le sens absolu du mot, n'existait pas du moment que les lois et les juridictions étaient subordonnées aux caprices du Pouvoir. S'inspirant de sa seule volonté, le Roi se dispensait de respecter l'ordre des juridictions ; son intérêt dictait et justifiait uniquement sa sentence : l'individu, trop faible pour lutter, se trouvait contraint de consentir le sacrifice de ses droits à l'Etat (4).

Aux approches de la Révolution, rien n'avait été tenté pour délimiter les droits respectifs de l'État et de l'individu : la Justice retenue se montrait inconciliable avec un régime de légalité.

(4) Maurice CAUDEL, *Nos Libertés Politiques*, pages 32 et suivantes

CHAPITRE II

La Justice Retenue depuis la Révolution jusqu'à la loi du 24 Mai 1872

§ Ier. — La Révolution.

Son influence sur la justice retenue

La chute de l'Ancien Régime, accompagnée de la suppression de toutes les juridictions supérieures et inférieures, Parlements, Conseil du Roi, Intendants, etc...., entraîna fatalement à sa suite la disparition de la justice retenue.

Mais, après avoir fait ainsi table rase de tous les Corps chargés de rendre la justice, la Révolution dut naturellement songer à reconstruire : dans les plans de réorganisation et d'établissement de nouveaux tribunaux la justice retenue pouvait-elle trouver une place et renaître ? Sans doute, au contact et sous le couvert de l'Absolutisme Royal, elle avait pu se développer et fournir une longue carrière ; mais en présence des nouveaux principes de Souveraineté nationale et de séparation des pouvoirs affirmés et solide-

ment insérés dans la déclaration des droits de l'Homme (art. 3), comme bases essentielles de l'Etat social régénéré, n'était-elle pas réduite à s'effacer sans espoir possible de survie ?

Et d'abord entre la justice retenue et la souveraineté nationale, n'y a-t-il pas incompatibilité complète ?

Dès lors que dans la conception Révolutionnaire, tous les pouvoirs procèdent de la Nation, seule capable, par suite, d'en consentir la délégation, n'est-il pas manifeste qu'il ne peut plus être question pour le Chef de l'État de retenir la justice pas plus d'ailleurs que de la déléguer ? Toute justice est nécessairement une justice déléguée par le peuple, qu'il s'agisse de justice ordinaire ou de justice administrative.

D'un autre côté la justice retenue ne saurait davantage se concilier avec la règle de la Séparation des pouvoirs telle qu'elle est formulée dans l'art. 16 de la Déclaration des Droits : « Toute société dans laquelle la Séparation des Pouvoirs n'est pas déterminée n'a pas de constitution ». C'est qu'il est en effet évident que la concentration dans un même organe de tous les pouvoirs est un danger social tandis que divisés ils se font réciproquement contre-poids : de cet équilibre résulte une garantie sérieuse de stabilité pour les libertés publiques.

Ce sont les avantages de cette séparation que Locke d'abord, Montesquieu ensuite eurent le mérite d'observer et de mettre les premiers en relief. On connaît ce

passage célèbre : « La puissance dit Montesquieu (1) est corruption et tentation ; pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir ; tout serait perdu si le même homme ou le même corps politique exerçait les trois pouvoirs, celui de faire les lois, de les exécuter et de juger les crimes ou les différends des particuliers. »

Cette formule n'exclut-elle pas formellement toute justice qui serait inhérente à la personne du souverain et n'est-ce pas à cette conclusion que l'on aboutit quelqu'interprétation que l'on attribue au principe de la Séparation des Pouvoirs, ce thème à discussions indéfinies ?

Il est, rappelons-le, une doctrine qui trouve un point d'appui spécieux dans la Constitution de 1791 et que M. Jacquelin (2) a vigoureusement soutenue : la séparation s'entendrait d'une division de la Souveraineté elle-même ; celle-ci se fractionnerait en trois pouvoirs, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, chacun de ces pouvoirs strictement enfermé dans sa sphère propre, sans communication aucune avec les autres, englobant la plénitude des attributions qui lui correspondent.

A ce compte, il serait évidemment impossible pour le représentant du pouvoir exécutif d'exercer un droit de juridiction quelconque, puisque tout contentieux

(1) *Esprit des Lois*. Ch. 3, 4, 6. Livre XI.

(2) JACQUELIN, *Les Principes dominants du Contentieux administratif*.

administratif comme judiciaire, releverait uniquement et exclusivement du Pouvoir judiciaire, organe autonome et doué toutes les fois qu'il s'agit de juger, d'une compétence exclusive.

A cette thèse on oppose comme étant plus conforme au droit public français l'opinion d'après laquelle la Séparation des Pouvoirs ne correspondrait pas à semblable morcellement de la Souveraineté réputée une et indivisible dans son essence.

C'est une erreur, dit-on, de vouloir procéder à une délimitation systématique et radicale des pouvoirs qui en émanent (3) ; il importe, au contraire, qu'entre ces pouvoirs s'établisse une collaboration mutuelle, une pénétration réciproque telle que le Pouvoir exécutif, par exemple, ait sa part dans la juridiction, de même que concuremment avec le Pouvoir législatif, il jouit de l'initiative des lois ; en conséquence, il est vrai de dire que les Pouvoirs ne sont pas séparés ; la séparation consiste bien plutôt en une répartition des fonctions et ce sont ces fonctions qui, précisément, doivent être tenues séparées : il est donc nécessaire, mais suffisant que chaque fonction dans le cercle des opérations qui lui sont dévolues s'exerce librement, hors de toute atteinte ; spécialement il suffit que la fonction juridictionnelle s'exerçant dans l'ordre judiciaire ou dans l'ordre administratif soit et demeure distincte de la fonction administrative. Juger et administrer sont en

(3) Voir APPLETON, *Revue Générale de Droit*, année 1898, page 140.

effet, sans que nous ayons à insister ici, deux rôles absolument différents (4), exclusifs l'un de l'autre : La mentalité du juge n'est pas celle d'un administrateur ; les aptitudes, les connaissances spéciales ne sont pas les mêmes. Donc juger, c'est, de la part du Chef de l'Etat, la méconnaissance flagrante de la séparation des fonctions en même temps qu'une menace pour les droits des particuliers ; c'est le retour aux errements d'un passé qui, dans les idées de la Révolution, ne devait plus reparaître.

Et pourtant, il a fallu bien du temps pour que cette vérité fut consacrée ! ce qui prouve, une fois de plus, que les déclarations des principes les plus essentiels et les mieux en lumière, n'obtiennent pas parfois crédit dans le domaine de la réalité et subissent, malgré tout, l'influence de survivances qui en affaiblissent la portée !

Pénétré de l'importance et de la nécessité de la séparation des pouvoirs dans le but de sauvegarder les libertés publiques et privées, le législateur Constituant résolut d'en faire aussitôt l'application. Mais au moment de fixer les limites et les attributions respectives des deux pouvoirs administratif et judiciaire, il se souvint des conflits qui, sous l'Ancien Régime, s'étaient élevés entre l'Autorité Royale et les Parlements et des entraves que ceux-ci avaient apportées aux réformes émanant de l'initiative du Roi.

(4) Voir M. ARTUR, pages 20, 23, *Sur les différences entre juger et administrer.*

Redoutant de la part des nouveaux tribunaux établis de semblables incidents qui eussent singulièrement gêné l'action administrative, il traduisit ses idées par des mesures qui traçaient la démarcation entre l'Administration et les tribunaux judiciaires et qui, de plus organisaient la Séparation à l'encontre des tribunaux au profit de l'Administration. Aux tribunaux dont le droit incontesté et exclusif est de statuer en matière de droit privé et de droit pénal, il prescrivit de se garder de toute immixtion dans l'Administration, d'en troubler les opérations et de citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions : cet avertissement comminatoire se trouve formulé dans une série de textes successifs (5).

Cette opposition entre les tribunaux judiciaires et l'Administration, devait, au point de vue de leur contentieux respectif entraîner de graves conséquences : Quels seraient, en effet, les juges chargés de connaître des litiges administratifs ?

Une discussion complexe s'engagea sur ce point, à l'Assemblée Constituante, à l'occasion des projets d'organisation des divers tribunaux : les éléments de ce débat ont été relatés minutieusement par M. Artur (6). Ce qui se dégage des discours prononcés, c'est la volonté d'aboutir à la simplification des tribunaux, à la sup-

(5) L. 16-24, août 1790, titr. 2, art. 13.
L. 3 septembre 1790, art. 3, chap. V, titr. 3.
Décret du 16 Fructidor An III.

(6) ARTUR, *De la Séparation des Pouvoirs et des Fonctions*, pages 226 et suivantes.

pression des controverses suscitées par les questions de compétence.

C'est en vertu de cette pensée dominante qu'un membre de l'Assemblée, nommé Chabroud déclarait que la Constitution ne devait rien excepter de la compétence des tribunaux ordinaires (30 Mars 1790) ; « L'Administration, observait-il, n'a pas les qualités voulues pour juger. »

Mais, cette proposition qui conférait aux tribunaux judiciaires une véritable omnipotence fut écartée comme celle, d'ailleurs, qui proposait la création de tribunaux administratifs spéciaux : ce serait, objectait-on, « couvrir la France de juges, accabler le peuple de frais et le tourmenter encore par les conflits de compétence. » Moniteur : Séance du 27 Mai 1790.

La Constituante finit par juger plus simple de confier à l'Administration elle-même, le contentieux administratif (7) : l'argument fut celui-ci : les administrateurs n'avaient-ils pas avec les juges ordinaires une origine commune ? pour tous, la nomination ne procédait-elle pas de l'élection par le peuple ? les garanties de savoir et d'équité n'étaient-elles pas équivalentes ?

Voilà comment s'opéra la confusion entre la fonction administrative et celle de statuer sur les litiges administratifs, sous l'influence de cette illusion manifestement erronée mais généralement partagée que, dans l'espèce, la Séparation des Pouvoirs ne subissait aucune

(7) L. 6 septembre 1790.

atteinte. Dans le système de la Période Révolutionnaire juger un litige administratif n'était, en effet, qu'une manière d'administrer, et par Séparation des Pouvoirs, telle qu'on l'interprétait alors, on entendait simplement l'interdiction pour les juges proprement dits de juger le Contentieux administratif (8).

L'administration de l'époque se trouvait représentée aux échelons inférieurs par les Municipalités, les Directoires de district et de département : ce furent en conséquence, ces collectivités qui, par suite de la négation totale de la séparation des fonctions, reçurent mission de juger dans des limites de compétence que fixèrent plusieurs lois, qui transportèrent de la sorte, dans l'exercice de cette charge, des règles appropriées à une fonction différente, la fonction administrative :

Au degré supérieur figurait le Roi en Conseil des Ministres, dit Conseil d'État : Lui ausi jouissait-il de prérogatives juridictionnelles ? On ne saurait le soutenir en prétextant une justice retenue qu'il avait cessé de posséder : Seulement ne puisait-il pas le droit de juger dans une délégation qui lui aurait été consentie par la Nation ? Nous voyons dans différents textes, Lois 22 décembre 1789, janvier 1790 Sect. 3, art. 2, le Roi intitulé Chef au Pouvoir exécutif et qualifié de Chef Suprême de la Nation et de l'Administration Générale du Royaume. A ce dernier titre, il était, sans nul doute, le supérieur hiérarchique des administrateurs inférieurs

(8) Voir M. ARTUR, pages 240 et 241

et l'annulation de leurs actes administratifs irréguliers ou contraire aux lois lui était formellement reconnue. L. 15-27 Mars 1791 — ; L. 27 Avril — 25 Mai 1791 — ; dès lors, avec le système adopté par la Constituante, c'est-à-dire, le contentieux administratif formant partie intégrante de l'administration, le Roi en Conseil des Ministres (L. 27 avril — 23 mai 1791) n'obtenait-il pas, par là-même, comme Chef de l'Administration tout entière, le contrôle, aussi bien des actes de juridiction que des actes d'administration ? N'avait-il pas la faculté, pour ces deux catégories d'actes, de recourir également et dans les mêmes conditions à la mesure de l'annulation qui révélait et traduisait son pouvoir hiérarchique ?

Certes un tel contrôle du Chef de l'État relativement aux décisions juridictionnelles rendues par des autorités inférieures contredit cette vérité qu'un administrateur si haut placé soit-il, ne saurait en cette qualité annuler les décisions d'un juge ; aussi, convient-il de voir dans ce contrôle la manifestation exceptionnelle, non équivoque, intéressante à signaler, d'une prérogative juridictionnelle dont le Roi, en dehors de toutes dispositions expresses, s'était trouvé occasionnellement investi par le simple effet de la confusion des fonctions et l'application normale des principes de hiérarchie.

Cette prérogative n'eut, il est vrai, qu'une durée éphémère : elle prit fin le 21 septembre 1792 avec la Royauté dont les pouvoirs supérieurs d'administration et de juridiction se transmirent successivement au Conseil

des Ministres, au Comité du Salut Public sous la Convention, au Directoire sous la Constitution du 5 Fructidor.

Nous savons donc comment, en voulant assurer à tout prix l'indépendance de l'administration vis-à-vis du Pouvoir Judiciaire, la Constituante ne sut pas éviter l'écueil d'une confusion des fonctions qui s'est prolongée durant toute la période Révolutionnaire non sans susciter de légitimes critiques.

D'une part, en effet, l'Administration juge et partie dans la même cause, n'était certainement pas en situation de tenir la balance égale entre les droits de l'État et ceux des particuliers : elle avait pour l'État des faiblesses dont il bénéficiait.

D'autre part, cette confusion exerçait une influence fâcheuse au point de vue de la formation et de la précision du contentieux administratif ; par la force de ses habitudes ordinaires, l'administrateur juge était conduit à résoudre les litiges, non pas le plus souvent, d'après les règles du droit mais plutôt en envisageant l'opportunité de la mesure qu'il allait prendre : il jugeait administrativement, de sorte qu'il était malaisé de distinguer un recours contentieux d'un recours grâcieux et hiérarchique : toutes décisions quelles qu'elles fussent, étaient par un mélange naturel d'idées, considérées généralement comme ayant même nature et comportant une procédure identique.

Enfin des conflits de compétence entre l'administration et les tribunaux contribuaient par surcroit à aggraver cette situation fâcheuse.

§ 2. — Le Consulat.

La Constitution de l'an VIII. — Le Conseil d'État.

Avec le Consulat, commence pour la France en l'an VIII une période active de Réformes administratives : logiquement l'examen se porta sur la juridiction administrative : il parut indispensable, pour remédier aux imperfections graves de son organisation, qu'à des autorités distinctes fussent confiées les fonctions différentes, incompatibles entre elles, qu'englobait l'administration : « l'administration ne doit plus être juge et partie dans sa propre cause, déclarait très nettement Roéderer, rapporteur, devant le corps législatif, de la loi du 28 Pluviôse, An VIII.

Ainsi exprimée, cette opinion allait-elle pourtant recevoir satisfaction ?

La Constitution de l'an VIII avait placé à la tête de l'Administration des consuls qui furent plus tard remplacés par un Emperur et auprès d'eux un Conseil d'État imité de l'ancien Conseil au Roi, organe délibérant, chargé en dehors de sa participation à la confection des lois, d'instruire les affaires soumises au gouvernement et de l'éclairer de ses avis.

Or, elle établissait en même temps le Chef de l'État, juge administratif suprême : assisté de ses Conseillers il rendait la justice : « Sous la direction des Consuls (Art. 52 de la C^{on} de l'an VIII) un Conseil d'État a mission de résoudre les difficultés qui s'élèvent en

matière administrative » ; précisant davantage, le règlement du 5 Nivôse, an VIII, art. XI, ajoutait : « Le Conseil d'État prononce... sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux, sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux Ministres. »

Les mots « Sous la Direction des Consuls » ne laissaient aucun doute sur ce fait que le Conseil d'État, au point de vue contentieux, manquait totalement d'autonomie : son rôle consistait, par suite, uniquement à préparer les décisions, à rendre et à formuler son opinion tandis qu'il appartenait au Chef de l'État et à lui seul, de communiquer au projet qui lui était soumis la valeur et l'efficacité d'une décision définitive.

Inutilement on a cherché à affaiblir cette interprétation en objectant le décret du 5 Nivôse, an VIII, où il est dit que le Conseil d'État « prononce sur les affaires contentieuses... » ; malgré le terme équivoque « prononce », il a toujours été admis que le Conseil d'État, sous le Consulat et sous l'Empire ne jouissait d'aucun pouvoir propre et que la prérogative juridictionnelle résidait exclusivement dans le Chef de l'État : en lui, disait-on, revivait la justice retenue d'autrefois.

Mais, n'était-il pas hors de propos d'évoquer ainsi le souvenir d'une idée qui semblait ne plus devoir se rattacher qu'au passé ? est-ce que, d'après la Constitution de l'an VIII, tous les pouvoirs du Chef de l'Etat ne procédaient pas, en effet, de la Nation souveraine

dispensatrice ? la fonction juridictionnelle n'avait-elle donc pas même origine et le souverain, par rapport à cette fonction n'était-il pas le simple délégué de la Nation, au même titre que les tribunaux ordinaires, délégués eux aussi dans la mesure à déterminer par des lois ultérieures ? Comment, dans ces conditions, parler de justice retenue ? Une telle formule n'était-elle pas incorrecte ? On a cherché à excuser son impropriété au moins apparente en prétextant une différence entre la Constitution de l'an VIII et les deux Constitutions de 1791 et de l'an III. Au lieu d'imiter ses devancières et de traiter en pouvoir indépendant la fonction juridictionnelle, la Constitution de l'an VIII l'a, dit-on, rattachée au Pouvoir exécutif : il n'y a donc pas lieu de s'étonner que le titulaire de ce Pouvoir ait été réputé investi en principe de la plénitude de juridiction, sous réserve toutefois des attributions conférées par la Constitution aux tribunaux ordinaires et regardé comme le maître (puisque seul, il possédait l'initiative des lois en vertu de l'article 44 de la Constitution), de faire fixer législativement la part de compétence de ces tribunaux tout en se réservant celle qu'il comptait retenir.

Quoiqu'il en soit de cet essai d'explication, il est manifeste que dans le système de la Constitution de l'an VIII, à ne considérer que les grandes lignes du texte, se retrouvent les traits caractéristiques de la justice retenue de l'Ancien Régime.

En effet, ce qui domine et mérite avant tout d'être

signalé, c'est la pénétration du Chef de l'État dans le Contentieux administratif et sa prééminence, la réunion dans sa personne de la fonction administrative active au degré supérieur avec la fonction juridictionnelle, deux fonctions par nature exclusives l'une de l'autre et dont le cumul éveille des craintes légitimes.

Ce qui n'est pas moins digne de remarque, c'est la mission de participer aux décisions contentieuses, en collaboration avec le Chef de l'État, conférée à un corps délibérant, étroitement relié au pouvoir Central, dont l'indépendance par suite pouvait être suspecte et porté, semble-t-il, pas ses habitudes administratives à tenir surtout compte des convenances utilitaires, conditions assurément défectueuses et peu propices à l'application désintéressée des règles du droit.

Comment avec une base aussi douteuse, reposant sur une telle confusion de fonctions, la justice administrative a-t-elle pu non seulement se constituer mais évoluer sans encourir cette défaite imminente que laissaient présager, à certaines époques, les vives attaques dont elle était l'objet ?

Comment s'est-elle développée progressivement jusqu'à nos jours, substituant aux craintes d'arbitraire la confiance et le respect, imposant son autorité et son prestige même à ses adversaires réduits à une argumentation subtile et à une lutte théorique engagée seulement pour l'honneur des principes !

L'explication résulte, croyons-nous, de l'attitude prise respectivement dès le début par le Chef de l'État et par son Conseil.

On sait que d'après la Constitution de l'an VIII, le Chef de l'État avait la direction en matière de Contentieux administratif ; or, au lieu de se conformer à la lettre de la Constitution, il préféra s'abstenir : volontairement il adopta l'attitude de non-intervention qu'il ne cessa de pratiquer.

Quel était son mobile ? sans doute, il obéissait à un sentiment de déférence pour les conseillers qu'il avait choisis et dont il connaissait les capacités jointes à la dignité du caractère, peut-être aussi à l'idée que le Pouvoir n'a pas besoin de se montrer pour exercer son influence, que ses auxiliaires ne tromperaient pas sa confiance et ne poursuivraient jamais d'autre but que de mettre leurs projets de décisions en harmonie avec les intentions supposées ou révélées du Pouvoir.

Le Chef du Pouvoir prit donc le parti de se tenir à l'écart des délibérations de l'Assemblée, n'exerçant guère qu'une juridiction nominale puisqu'il se contentait d'apposer sa signature au bas des projets de décisions qui lui étaient soumis.

Ce renoncement du souverain à une prérogative qu'il puisait dans la Constitution eut ce résultat de donner aux membres du Conseil, l'impression d'une liberté équivalant à une indépendance sinon apparente du moins réelle, et aussi la conscience d'une responsabilité plus fortement engagée par celà même qu'en fait elle leur incombait complètement.

Pénétrés de l'importance de leur tâche, ils l'abordèrent avec la ferme volonté de ne pas accorder aux intérêts

de l'État comparés à ceux des particuliers, la supériorité systématique que les premiers avaient eue jusqu'alors et de se déterminer d'après les règles du droit.

C'est en vue d'un tel objectif que furent effectuées les réformes dont, à différentes époques, la juridiction du Conseil d'Etat a été l'objet ; c'est dans cet ordre d'idées qu'au sein de cette Assemblée et parmi ses membres, il se fit un travail d'organisation et de sélection destiné à éliminer les éléments qui pouvaient nuire à l'esprit de rectitude et d'impartialité tandis que parallèlement s'élabora un ensemble de mesures propres à introduire dans la justice administrative les garanties qu'on se plaisait à reconnaître à la justice ordinaire.

Voilà comment, grâce à cette action simultanée et prolongée, la justice gouvernementale qui, appréciée dans son passé, symbolisait l'arbitraire, perdit successivement, au fur et à mesure des changements qui se produisirent, ses signes originaires et distinctifs ; progressivement elle s'effaça en même temps que graduellement aussi apparaissaient, dans les réformes ces traits spécifiques empruntés à la justice ordinaire ou déléguée qui transportés dans le domaine du Contentieux administratif devaient en modifier la physionomie, bien avant que le législateur intervînt pour consacrer officiellement la disparition de la justice retenue.

Dès l'an VIII on voit se dessiner dans le Conseil d'État la division entre les deux autorités qu'il représente, l'une administrative, l'autre contentieuse et

l'arrêté du 5 Nivôse art. 11 déduit la conséquence que « les Conseillers d'État chargés de la direction de quelque partie de l'Administration publique n'ont pas de voix au Conseil d'État lorsqu'il prononce sur le contentieux de cette partie » disposition évidemment soucieuse de la légalité et obviant au mélange des qualités opposées de juge et de partie.

Cependant il n'y eut pas d'abord de différence apparente dans les délibérations du Conseil, administratives ou contentieuses. Chacune des cinq sections créées par l'arrêté du 5 Nivôse (Sect. civile et criminelle, financière, de guerre, de marine, de l'intérieur), en vue de diviser le travail préparait, dans les mêmes conditions, en utilisant les mêmes moyens bureaucratiques d'information, le rapport de toutes les affaires comprises dans le ressort de sa compétence de sorte que les questions litigieuses étaient, en la forme, traitées comme les questions purement administratives.

§ 3. — **L'Empire.**

Les Décrets de 1806 et la Commission du Contentieux.

Assez vite, on s'aperçut des graves inconvénients résultant de l'absence complète de règles de procédure si nécessaires pourtant dès qu'il s'agit de faire valoir un droit devant toute juridiction quelle qu'en soit la nature. Aussi, pour y remédier, deux décrets furent rendus le 11 juin et le 22 juillet 1806 : le premier insti-

tuant une Commission du Contentieux, ainsi qu'un collège d'Avocats qui devaient introduire et suivre les instances, le second contenant le détail de la procédure à observer.

Simple auxiliaire du Conseil dont elle n'était même pas une Section, la commission du Contentieux, composée de six Maîtres des Requêtes et de six auditeurs, sous la présidence du Grand Juge Ministre de la Justice, avait pour fonction de centraliser les dossiers, de les examiner et de préparer le rapport dont la lecture devait être donnée devant l'Assemblée Générale du Conseil.

Quoique dépourvue d'autorité juridictionnelle et restreinte à une besogne de préparation, la commission du Contentieux n'en a pas moins été le germe fécond et puissant qui, se développant avec le temps, a transformé le Conseil d'État.

Portant son examen sur l'ensemble du contentieux qui lui venait de ses différentes sources, Ministres, Préfets, Conseils de Préfecture, Cour des Comptes aussi, elle eut le mérite, grâce au zèle éclairé de ses membres, à leur analyse attentive, au sentiment de Justice qui les animait de dégager de l'observation des litiges, afin d'en faciliter l'interprétation et la solution, des principes de légalité que les pratiques antérieures avaient obscurcis et dont la mise en lumière devant l'Assemblée Générale ne manquait pas de faire impression.

En créant auprès du Conseil d'État avec monopole un corps d'Avocats dont le rôle, étant donné la prohi-

bition de tout débat oral, consistait à rédiger des mémoires et à contresigner les écritures des parties, les deux Décrets précités rendirent un très réel service aux plaideurs en les mettant à même de tirer le meilleur parti de leur cause par plus de méthode et plus de sûreté dans les moyens employés ; mais l'art. du Décret du 22 juillet 1806 contenait une exigence peu propice aux recours : en imposant le ministère des avocats il occasionnait des frais souvent hors de proportion avec les litiges de médiocre importance.

Sous l'influence de ce Décret qui la réglementait, la procédure, jusque là arbitraire et imprécise, devînt légale c'est-à-dire subordonnée à des formalités nettement définies, obligatoires pour les parties litigieuses, analogues à celles qui sont usitées devant les tribunaux ordinaires et donnant, par conséquent, plus de certitude dans la réalisation du droit. Observons que c'est sur ce décret, insuffisant encore, il est vrai, dans ses dispositions, que sont venus se greffer les perfectionnements ultérieurs.

En améliorant le fonctionnement de la juridiction au Conseil, les deux décrets de 1806 produisirent un notable progrès : les innovations qu'ils contenaient attestaient, de la façon la plus significative une évolution de la justice retenue vers un rapprochement de plus en plus intime avec la justice déléguée.

§ 4. — La Restauration.

Crise du Conseil d'État.

Toutefois, à cet égard, il y eut sous la Restauration un arrêt, plutôt une régression. Ce fut, pour le Conseil une période très agitée à raison des modifications successives de son organisation en vue de l'adapter au nouveau régime devenu gouvernement parlementaire ; son personnel, ses comités furent l'objet de remaniements et la Haute Assemblée eût surtout à subir de très violentes attaques. La légalité de son existence n'échappa pas aux objections. On prétexta le silence gardé par la Charte sur cette institution. Quant à son contentieux on prétendit, pour l'ébranler, qu'au lieu d'être fondé sur une loi, il dérivait simplement d'ordonnances Royales, etc.

Néanmoins, cette opposition n'eût pas la force de prévaloir : le Conseil d'État subsista et la justice retenue poursuivit son cours. Bien mieux ! sous l'influence de la Charte octroyée de 1814 elle reprit ses traits de l'Ancien Régime et se trouva, par une renaissance véritable, complètement en harmonie avec les principes constitutionnels. Le Roi ne détenait-il pas en effet, par la volonté de la divine Providence, l'autorité tout entière ? N'était-il pas la source d'où toute justice émanait ? (Art. 57 de la Charte). Dès lors maître de déléguer, comme bon lui semblait l'exercice de la fonction juridictionnelle, de la maintenir par exemple, aux cours et tribu-

naux existants (art. 59) il avait autant de droit de retenir ce qu'il n'avait pas délégué.

Aussi le Roi ne cessa-t-il d'être réputé le Juge suprême du contentieux administratif, le Conseil d'État continuant, comme au temps de l'Empire, à donner des avis qui, pour avoir autorité, devaient être transformés en ordonnances signées du Roi et contresignées par un de ses Ministres.

Mais, tandis que sous l'Empire, le Conseil d'État ainsi que ses avis jouissaient d'une autorité incontestée, plusieurs causes, pendant la Restauration, en affaiblirent le prestige et la valeur.

Ce fut, tout d'abord, l'ordonnance de 1814, qui autorisa le Roi à évoquer devant le Conseil d'en haut appelé aussi Conseil des Ministres « les affaires du contentieux de l'administration qui se liaient à des vues d'intérêt général » ; il en résulta une diminution corrélative des attributions du Conseil d'État.

D'autre part l'ordonnance du 23 août 1815 rendit très précaire la situation des membres du Conseil : il devint, en effet, loisible au Roi, sur un tableau que le Garde des Sceaux lui présentait le 1er jour de chaque année et qui contenait la liste des Conseillers et des Maîtres des Requêtes d'exclure, par simple radiation, tel nom qui ne plaisait plus : de là une instabilité funeste au service de la Justice.

Ce n'est pas tout encore : le Gouvernement déprécia, sans scrupules, le caractère des délibérations de l'Assemblée Générale au Conseil d'État statuant au Conten-

tieux : en plus des Conseillers en service ordinaire qui n'avaient avec l'administration proprement dite que des affinités éloignées, il fit appel, pour composer l'Assemblée, à tous les Ministres, à tous les Conseillers en service extraordinaire et même à ceux des membres du Conseil qui déjà avaient eu l'occasion de connaître de l'affaire qui lui était soumise, c'est-à-dire que l'Administration active, envahissante, pénétrait au cœur même du Conseil étouffant son indépendance et réussissait à imposer son opinion plus souvent impulsive qu'impartiale.

Avec de telles mesures, si peu rassurantes pour les droits des particuliers, la justice retenue triompha pendant que la justice déléguée refoulée dans sa marche subissait un recul des plus sérieux.

Fort heureusement les abus constatés provoquèrent dès le début du gouvernement de Juillet, une réaction remarquable.

§ 5. — **Le Gouvernement de Juillet.**

ORDONNANCES DE 1831. — LOI DU 10 JUILLET 1845.

L'ordonnance du 21 août 1830 n'admit à siéger dans l'Assemblée Générale du Conseil délibérant au Contentieux que les Conseillers d'État en service ordinaire : l'élément administratif pur fut donc éliminé.

Deux ordonnances, l'une du 2 février, l'autre du 12 mars 1831 apportèrent des innovations d'une grande portée : publicité des audiences du Conseil, droit pour

les avocats de compléter leurs mémoires écrits par des explications orales, nomination de trois commissaires du Roi, Maîtres de Requêtes, chargés de conclure, en séances, selon la loi et leur conscience ; ajoutons la division, pour activer la marche des affaires, du comité du Contentieux en deux sections ramenées à l'unité par l'ordonnance de 1839.

Ce régime de discussion claire et ouverte sauvegardait au plus haut point les intérêts des particuliers ; il impliquait, en outre, une tendance nettement caractérisée à délaisser les pratiques équivoques et obscures de la justice retenue, pour suivre désormais dans sa voie la justice ordinaire à laquelle d'ailleurs les mesures libérales avaient été empruntées.

En même temps que le Gouvernement recourait à des ordonnances pour introduire les changements signalés, les chambres législatives étaient saisies de divers projets relatifs au Conseil d'État : de leurs discussions sortit la loi organique du 10 juillet 1845 qui donna la consécration aux réformes précédentes.

L'une des questions les plus agitées au cours des débats parlementaires fut celle de la nature de la justice administrative : convenait-il ou non d'opérer la transformation de justice retenue en justice déléguée, d'enlever au Roi sa juridiction supérieure pour la remettre au Conseil en l'investissant ainsi d'un pouvoir propre pour statuer ? L'affirmative l'eût sans doute emporté sans cette objection erronée que les décisions contentieuses devaient revêtir la forme d'ordonnances... parce

qu'elles mettaient en jeu la responsabilité ministérielle !

Le principe de la justice retenue fut donc maintenu ; mais la prérogative Royale subit une grave atténuation par l'effet de l'article 24 de la loi de 1845 décidant que « si une ordonnance n'est pas conforme à l'avis du Conseil d'État, elle ne peut être rendue que de l'avis du Conseil des Ministres » et ajoutant qu' « elle est motivée et doit être insérée au Moniteur et au Bulletin des Lois ».

Le Souverain gardait sans doute la faculté de rendre inefficace l'avis ou Conseil par son refus de l'homologuer ; mais, par contre, il perdait un droit jusqu'alors incontesté dont, à la vérité, il n'avait point usé, le droit de substituer son opinion personnelle à celle du Conseil d'État ; il lui fallait, si l'entente faisait défaut, soumettre le cas au Conseil des Ministres, corps absolument politique qui, lui aussi, formulait son avis : c'est ainsi que toute décision juridictionnelle ne pouvait plus être prise par le Roi que d'accord, soit avec le Conseil d'État, soit avec le Conseil des Ministres.

La justice retenue apparaissait donc, à la fin du gouvernement de juillet, diminuée dans son rôle, sensiblement atteinte puisque le Roi tenu de se conformer à l'opinion émise par l'un ou l'autre de ses Conseils se voyait dans la nécessité de s'incliner devant les autorités appelées à partager avec lui le pouvoir suprême de juger : elle n'allait pas tarder à fléchir encore à la suite d'un retour offensif de la justice déléguée.

§ 6. — La Révolution de 1848.

Loi du 3 Mars 1849.

En effet, au lendemain de la Révolution de 1848, on se préoccupa vivement de consolider la juridiction administrative, de la détacher de ses adhérences facheuses avec le représentant le plus élevé de l'administration active, de mettre, en un mot, un terme à la tradition ébranlée de la justice retenue.

Le coup décisif lui fut porté par la loi du 3 Mars 1849 qui en la supprimant, réalisa le grand progrès de faire cesser, dans la personne du Chef de l'État, une confusion de fonctions qui, malgré les critiques, n'en avait pas moins réussi à fournir une longue carrière.

Jusqu'à cette loi, la justice retenue subsista représentée par l'organe du Pouvoir exécutif qui, sous les dénominations successives de « gouvernement provisoire, Président du Conseil, chef du Pouvoir exécutif, Président de la République », prononça ou fut censé prononcer, en Conseil d'État, sur le Contentieux.

Le Pouvoir juridictionnel suprême devint, en conséquence, la prérogative propre, non pas du Conseil d'Etat délibérant au Contentieux en Assemblée générale composée de Conseillers en service ordinaire, mais d'une section unique, tribunal véritable, où siégeaient neuf conseillers (9) chargés du contentieux, à l'exclu-

(9) La Nomination des Conseillers d'Etat appartenait au Pouvoir législatif d'après la Constitution de 1848.

sion des autres membres du Conseil, tout en conservant le droit de prendre part aux délibérations de l'Assemblée Générale.

Cette section était une tranformation de la Commission du Contentieux qui depuis 1806 se bornait à préparer les affaires avant leur transmission à l'assemblée générale. Erigée en Section de jugement elle obtenait seule qualité pour connaître des litiges, les suivre dans leurs différentes phrases, prescrire, le cas échéant, des mesures d'instruction, entendre en audience publique le rapporteur, les avocats, le commissaire du Gouvernement, délibérer, rendre enfin la décision.

Une telle importance accordée à cette nouvelle juridiction, fit craindre qu'elle n'en profitât pour empiéter sur le domaine administratif ; aussi, pour parer à cette éventualité, la loi de 1849 conféra-t-elle au Ministre de la Justice le droit de revendiquer devant la section du contentieux « les affaires qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif » (art. 47) et celui de former devant l'Assemblée générale du Conseil, un recours dans l'intérêt de la loi (art. 46) ; le ministre, toutefois, n'utilisa pas ces moyens de sauvegarde.

§ 7. — **Le Conseil d'Etat dissous et rétabli.**

(Décret du 2 déc. 1851, Constitution de 1852).

Très courte fut la période d'émancipation de la juridiction administrative : les événements qui aboutirent

au Second Empire abrégèrent sa durée. Le 2 décembre 1851, un décret dictatorial de Louis-Napoléon Bonaparte déclarait dissous le Conseil d'Etat.

Rétabli par la Constitution du 14 Janvier 1852, il retrouva la place prépondérante que jadis lui assignait, à côté du Chef de l'Etat, la Constitution de l'an VIII, dans divers domaines, législatif, administratif et contentieux. A ce dernier point de vue, la Constitution le chargea spécialement de résoudre, sous la direction du Souverain, les difficultés qui s'élevaient en matière d'administration.

Ce fut, sous réserve cependant des améliorations contenues dans la loi de 1845 qui demeurèrent en vigueur (audience publique, débats oraux, conclusions du Commissaire du Gouvernement), une restauration de la justice retenue : elle reparut fortifiée par des textes précis : le Chef de l'État reprit, en vertu de la Constitution la haute prérogative juridictionnelle que la Nation lui conférait à nouveau : art. 7 « la Justice se rend au nom du Président de la République » et le Conseil d'Etat se trouva ramené à son ancienne et plus modeste fonction de donneur d'avis : « le Conseil propose les Décrets qui statuent sur le Contentieux » art. 1er, Décret du 25 Janvier 1852 sur l'organisation du Conseil d'Etat.

Deux particularités méritent d'être signalées dans l'exercice de la juridiction.

Contrairement à ce qui s'était toujours passé dans le système de la justice retenue, il se fit un partage entre

la section du Contentieux et l'Assemblée générale : la section obtint de statuer seule, en audience privée et à titre exceptionnel dans les affaires sans avocat, tandis que l'Assemblée générale gardait le droit, toutes les fois qu'il y avait constitution d'Avocat, de rendre les décisions.

L'Assemblée délibérant au Contentieux fut aussi, dans sa composition, l'objet d'une modification : elle cessa de réunir, comme en 1845, tous les Conseillers en service ordinaire pour ne comprendre que les membres de la section avec adjonction de deux Conseillers délégués par chacune des sections administratives.

Cette organisation eut la durée du Second Empire.

§ 8. — **Le Gouvernement de la Défense Nationale.**

Commission provisoire du Contentieux.

Aussitôt après la chute de l'Empire, un Décret du Gouvernement de la Défense Nationale, en date du 15 septembre 1870, suspendit les membres du Conseil d'Etat tout en procédant néanmoins à la nomination d'une commission qui devait provisoirement remplacer le Conseil d'Etat jusqu'au vote d'une loi de réorganisation.

Cette commission limitée comme nombre de membres se divisait en trois sections, l'une du Contentieux, les deux autres administratives.

Pour l'expédition des affaires contentieuses on se référa au système de 1852, c'est-à-dire que suivant

qu'il y avait eu ou non constitution d'Avocat, compétence appartenait soit à la commission tout entière faisant office d'assemblée du Contentieux, soit à la section du Contentieux.

Une fois préparées, les décisions étaient rendues en la forme de Décrets : les Décrets émanèrent sucessivement du Gouvernement de la Défense Nationale, du Président du Conseil, Chef du Pouvoir exécutif ; il en fut ainsi jusqu'à la loi du 24 Mai 1872.

DEUXIÈME PARTIE

Phase de la Justice Déléguée

La loi du 24 Mai 1872. — Les conséquences de la disparition de la justice retenue.

La loi du 24 Mai 1872 marque une étape décisive dans l'histoire du Conseil d'Etat : elle intervint au milieu de polémiques assez vives engagées devant l'Assemblée Nationale sur le sort des tribunaux administratifs dont la suppression était même réclamée par certains adversaires.

Passant outre aux critiques, elle s'appliqua au contraire à renforcer les attributions contentieuses du Conseil ; « les esprits éclairés disait l'Exposé Général du Projet de Loi (1) ont constamment demandé que la juridiction administrative offrit autant que possible, par sa constitution, les garanties qu'on est habitué à rencontrer devant les Tribunaux civils : le Gouvernement n'hésita pas à proposer de compléter les garanties d'une bonne justice déjà établies par la législation antérieure en donnant au Conseil l'Etat le droit de Juridiction propre, en conférant à ses décisions la valeur d'un jugement. Aussi bien, les raisons qu'à d'autres époques, on avait invoquées pour soutenir le système dans lequel les décisions du Conseil, en matière contentieuse n'avaient d'autorité qu'après avoir été approuvées par

(1) Dalloz, Répertoire 1872, 4e partie, pages 88 et suivantes.

le Chef de l'Etat auquel appartenait le droit de prendre une décision différente ne pourraient plus amener la conviction dans les esprits : sans entrer dans les détails de cette controverse, il suffit de dire que quand un justiciable a porté un litige devant une juridiction dont les membres ont étudié les pièces du procès, entendu les plaidoiries de l'Avocat et les conclusions du Ministère Public, on comprend difficilement que la décision des juges n'ait pas force exécutoire et qu'elle puisse être modifiée par le Chef Suprême de l'Administration contre laquelle est ordinairement engagé le procès... »

Dans son œuvre de réforme, la loi de 1872 emprunta aux législations antérieures celles de leurs dispositions les plus favorables pour mener au but qu'elle se proposait.

C'est en s'inspirant de la loi de 1849 qu'elle érigea, dans son art. 9, le Conseil d'Etat en tribunal véritable, tout en déclarant applicables les heureuses innovations dues à la loi de 1831 ; et en ce qui concerne le pouvoir propre de juridiction dont elle l'investissait, elle le Contentieux, cette dernière composée de la Section du partagea conformément au Décret du 25 Janvier 1852 entre la Section du Contentieux et l'Assemblée du Contentieux à laquelle étaient adjoints deux membres de chacune des autres Sections du Conseil. Cette fois la justice déléguée remplaça définitivement la justice retenue, mais dans quelles conditions la substitution s'est-elle réalisée ?

La loi de 1872 a-t-elle opéré au profit du Conseil

d'Etat statuant au Contentieux, la dévolution intégrale des affaires sur lesquelles, avant cette époque, le Chef de l'Etat prononçait comme juge, ou bien n'est-il pas des questions qui, par dérogation à la généralité apparente de la substitution accomplie, échappent très exceptionnellement à sa compétence ? notamment malgré la suppression de la justice retenue, n'en subsiste-t-il pas des vestiges à l'égard desquels le Chef de l'État demeurerait encore investi de son droit juridictionnel antérieur ?

D'autre part, la disparition de la justice retenue n'a-t-elle pas eu pour résultat direct de modifier dans son étendue le domaine du Contentieux administratif tel qu'il était dévolu précédemment au Conseil d'Etat et d'opérer un resserrement, une limitation de sa juridiction ? sur quels points essentiels, la modification en ce sens a-t-elle porté ?

La prérogative conférée par l'article 9 de la loi de 1872 au Conseil, de statuer souverainement n'a-t-elle pas eu pour conséquence de le rendre incompétent dans la matière des Conflits qui, jusque-là, rentrait dans ses attributions contentieuses et de nécessiter par suite, la création d'un tribunal spécial chargé précisément de juger les conflits au lieu et place de l'Ancien Conseil ?

N'est-ce pas la même cause qui a porté le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 18 Janvier 1901 à propos d'un Majorat et dans une espèce particulière où se trouvait en jeu l'article 42 du décret du 1er Mars 1808 à affirmer formellement qu'il avait cessé d'être compétent ?

La loi de 1872 n'a-t-elle pas de plus influencé dans un sens restrictif l'interprétation relative aux actes de gouvernement ?

Enfin, n'a-t-elle pas été l'occasion déterminante pour la Jurisprudence administrative, de tendances nouvelles qui se sont spécialement exprimées à propos du recours de pleine juridiction et du recours en annulation pour excès de pouvoir ?

Telles sont, nous semble-t-il, les questions principales à examiner pour apprécier l'effet produit par la disparition de la justice retenue au point de vue de la délimitation du domaine contentieux désormais soumis à la justice déléguée du Conseil d'Etat et pour se rendre compte, avec exactitude de l'intérêt général de la réforme.

Voici le programme que nous suivrons :

1° De la disparition de la justice retenue et de sa survivance exceptionnelle.

2° De la disparition de la justice retenue et du jugement des conflits.

3° De la disparition de la justice retenue et de ses suites à propos de Majorat et du Décret du 1er Mars 1808 (art. 42).

4° De la disparition de la justice retenue et de l'interprétation des actes de Gouvernement.

5° De la disparition de la justice retenue et de son influence au point de vue des tendances de la Jurisprudence administrative.

§ 1. — De la Disparition de la justice retenue et de quelques cas de survivance.

Subsiste-t-il des vestiges de justice retenue ? Le point de départ de ce problème se rattache à cette remarque que certains recours aboutissant à des Décrets rendus en Assemblée Générale du Conseil d'Etat, présentent des formes contentieuses.

C'est à propos de ces recours délibérés dans une assemblée essentiellement administrative qu'il y a débat pour savoir si la décision qui émane du Pouvoir exécutif est administrative ou juridictionnelle.

Comment douter ? Le Conseil d'Etat aux termes de la Loi de 1872 ne statue-t-il pas « souverainement en matière contentieuse administrative » et cette formule n'implique-t-elle pas à son profit, compétence intégrale par rapport aux recours qui comportent une solution juridictionnelle ?

L'argument est discutable et contredit par une opinion suivant laquelle il est possible de concevoir un domaine juridictionnel s'étendant au-delà du Contentieux administratif visé dans le texte cité.

Le Contentieux, observe-t-on, ne se prête pas à une délimitation précise : on aurait tort de vouloir systématiquement le localiser en cherchant à l'incorporer tout entier dans la Section du Conseil organisée pour en connaître, la section du Contentieux : On risquerait

une conclusion erronée en pensant qu'un recours préparé par une autre section et soumis ensuite à l'Assemblée Générale du Conseil ne peut forcément aboutir qu'à une décision purement administrative. La répartition entre les sections n'offre pas, en effet, un critérium absolu, susceptible qu'elle est de varier sans que cependant la nature de l'affaire soit modifiée ; les Prises maritimes en fournissent un exemple : la compétence attribuée au comité du Contentieux par l'ordonnance du 9 Janvier 1815 a passé, en vertu de l'ordonnance du 18 Septembre 1839 à la Section de législation.

Il est donc admissible de supposer qu'en dehors du Contentieux dévolu en propre au Conseil d'Etat, des recours puissent, après instruction par l'une des sections administratives, recevoir du Chef de l'Etat, si des textes encore en vigueur le lui concèdent, une solution juridictionnelle.

Cette possibilité devient très vraisemblable si l'on considère le rapprochement de ces deux expressions « contentieux administratif » : ce dernier mot n'est-il pas restrictif du premier et n'établit-il pas clairement que le contentieux qui relève du Conseil d'Etat est uniquement le Contentieux administratif dans le sens ordinaire et courant attaché à ce terme ? Il n'y a donc rien d'excessif à admettre l'existence d'un contentieux corrélatif à des affaires qui n'offrent pas le caractère administratif proprement dit et dont le jugement appartiendrait légalement et exclusivement au Chef de l'Etat.

L'essentiel est de savoir si les textes confirment cette argumentation et si au lieu de probabilités il y a certitude.

Pour le savoir il convient de passer en revue les cas cités comme des survivances de justice retenue et de rechercher dans les espèces visées si, quand le Chef de l'Etat intervient et signe des Décrets, c'est bien un acte de juridiction qu'il exerce et non pas un acte de haute administration. Sur ces points nous nous expliquerons sommairement.

Deux hypothèses ont plus particulièrement, à raison de leur importance, sollicité la discussion : la première prévue par la Loi de Germinal, An X, correspondant au Recours comme d'abus supprimé par la loi de 1905 sur la Séparation des Eglises et de l'Etat ; la seconde concernant les prises maritimes (Décrets des 21 Août 1872, art. 5 et 2 Août 1879, art. 7).

A. — Du Recours pour abus.

Connu et pratiqué dans l'ancien Droit sous la dénomination d'Appel comme d'Abus, le Recours pour Abus (2) tel qu'il fut réglementé par la loi du 18 Germinal An X, pour les Cultes Catholique et Protestant, plus tard par l'ordonnance du 25 Mai 1844 pour le Culte israëlite, se développa en se précisant sous

(2) *Du Recours pour abus envisagé comme survivance de la justice retenue*, Thèse de Doctorat, Collavet, Lyon

l'influence de la distinction qui s'établit et s'accentua entre la Société Civile et la Société Religieuse.

Dans un intérêt supérieur de tranquillité sociale il tendait à les défendre l'une et l'autre contre tous empiètements et abus éventuels et réciproques et à assurer en même temps protection individuelle soit au Ministre des Cultes lésé dans ses droits par les mêmes abus provenant d'un supérieur hiérarchique, soit au particulier inquiété dans son honneur ou troublé dans sa conscience par une entreprise émanant d'un ministre du Culte. Art. 6 et 7, Loi de Germinal.

Au gouvernement dans la personne de son chef, revenait le droit de statuer sur ce recours, en son Conseil, c'est-à-dire en assemblée générale du Conseil d'Etat : cette attribution de compétence que ne modifia pas la loi de 1872, reçut confirmation du Décret du 2 Août 1879, art. 7.

Que conclure et quel caractère assigner au recours ? Les avis se partagèrent : le parti le plus nombreux le considérait comme une mesure non pas contentieuse mais politique et gouvernementale (3) de haute police (4) réglée comme telle dans la forme administrative et donnant lieu non à un arrêt mais à un Décret.

Cette thèse prêtait cependant à la critique.

On pouvait très justement lui objecter que dans l'ancien droit, la nature contentieuse de l'appel comme d'abus ne souffrait aucun doute et que si le Roi usant

(3) LAFERRIÈRE, *Traité de la Juridiction administrative.*
(4) DUCROCQ, *Cours de Droit administratif*, t. 3, p. 450. 7e Edition.

de sa souveraineté évoqua assez souvent en son Conseil des Causes d'abus on tenait néanmoins pour constant que la compétence normale, en cette matière, appartenait à la juridiction des Parlements ; de nombreuses ordonnances du XVI[e] au XVIII[e] siècle l'avaient ainsi décidé formellement : on faisait valoir également que durant la période intermédiaire ce furent les tribunaux de district, corps judiciaires, qui succédèrent à cette fonction des Parlements disparus.

Un changement notable de compétence intervint, il est vrai, à partir des articles organiques ; mais de ce que le Conseil d'Etat fut appelé à connaître des recours pour abus, leur caractère s'en trouva-t-il affecté ? Nullement : la substitution du Conseil aux tribunaux ordinaires eut simplement pour objet de rendre plus efficace et plus direct le contrôle du Chef de l'Etat sur le clergé, sans idée aucune de transformer le recours en une voie non contentieuse. Divers documents postérieurs à la loi de Germinal An X en feraient foi s'il était besoin, notamment un Décret du 25 Mars 1813 (5) : « Nos cours Impériales connaîtront de toutes les affaires connues sous le nom d'appel comme abus » ; une déclaration ministérielle du 22 novembre 1817 (6) avec cette phrase : « la connaissance de l'Appel comme abus sera attribuée aux Cours Royales » ; enfin un rapport sur l'organisation du Conseil d'Etat présenté le 10 Juin

(5) Décret du 25 mars 1813. *Bulletin des Lois*, 1[er] semestre 1813, pages 312 et 512.

(6) *Moniteur Universel du 23 novembre* 1817, page 992.

1840 à la Chambre des Députés par M. Dalloz (7); il y était nettement démontré que tout recours pour abus, quel que fut le grief invoqué, était forcément contentieux par cela même qu'il s'agissait d'un débat résultant de textes de loi ou de règlements relatifs aux rapports de l'Eglise et de l'Etat et comme conséquence le Rapporteur déduisait la compétence de la Section du Contentieux.

La jurisprudence prêtait d'ailleurs à ces arguments un sérieux appui. Convenons cependant que ses décisions, pendant une période assez longue purent s'interpréter dans un sens défavorable à l'idée que le recours pour abus était contentieux : des difficultés issues de l'article 8 des articles organiques s'élevèrent, en effet, à propos de la détermination du rôle du Chef de l'Etat saisi en son Conseil d'un tel recours : on se demanda si ce rôle n'était pas celui d'un administrateur maître de donner à l'affaire la solution qu'il estimait convenable, libre non seulement de la terminer en la forme administrative déclarant ou ne déclarant pas l'abus, mais encore d'autoriser ou non les poursuites subordonnées entièrement à sa volonté, libre, en un mot, d'agir en s'inspirant de considérations d'utilité pratique, de l'opportunité des poursuites, de la gravité des faits allégués, de leur répercussion sur la paix publique.

Ce fut là, primitivement, le sentiment de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat, sentiment qui contrastait avec l'opinion traditionnelle.

(7) *Moniteur Universel* du 24 juillet 1840, page 541.

Mais, par suite d'une interprétation différente de l'art. 8, un revirement se produisit en 1880 et 1881 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, plus tard en 1888 dans celle de la Cour de Cassation.

Dès lors, le Chef de l'Etat cessa d'être regardé comme l'arbitre qui, examinant un recours, pouvait, « selon l'exigence des cas » se borner à déclarer l'abus ou renvoyer le coupable devant les juges ordinaires : on ne vit plus en lui qu'un juge, sans qualité par suite, pour autoriser, à ce titre, des poursuites dont l'initiative appartenait aux particuliers et au Ministère Public, mais ayant pour tâche d'observer la légalité, de vérifier si l'espèce soumise rentrait dans les prévisions des articles 6 et 7 de la loi de Germinal, d'appliquer, enfin, s'il y avait lieu, la sanction.

La jurisprudence dans la dernière phase de son évolution confirmait donc, de la façon la plus nette, la nature contentieuse du recours pour abus.

D'autre part, si véritablement le Décret statuant sur l'abus avait présenté un caractère administratif n'eut-il pas dû comporter l'exercice du recours pour excès de pouvoir que la loi de 1872 déclare admissible contre tous les actes des diverses autorités administratives ?

Or, l'irrecevabilité de ce recours contentieux ne faisait aucun doute. Pourquoi cette irrecevabilité ?

Il fut allégué que l'autorité dont émanait le Décret n'était pas administrative au sens de l'art. 9 de la loi de 1872 mais d'ordre gouvernemental, ne relevant ni des tribunaux judiciaires ni des tribunaux adminis-

tratifs : le Décret en un mot, représentait un acte de Gouvernement.

Cette affirmation qui nous semble téméraire dans toutes les hypothèses d'abus, nous ne la concevons même pas quand le Décret était rendu sur recours formé par un simple particulier. Pour justifier l'inapplicabilité du recours pour excès de pouvoir ne suffit-il pas de rappeler cette règle qu'un recours contentieux ne saurait s'exercer à l'encontre d'une décision qui, comme le Décret d'abus est en elle-même contentieuse.

Une preuve enfin de la nature contentieuse du décret se déduisait des décisions du Conseil d'Etat, en matière de recours parallèle.

On sait que, d'après le Conseil d'Etat, le recours pour excès de pouvoir est susceptible de se trouver paralysé lorsque la partie lésée jouit, pour obtenir satisfaction, d'un autre recours dit parallèle qui la conduit aussi sûrement et aussi directement au même résultat.

Toutefois il importe, comme condition essentielle que le recours parallèle soit contentieux. Or, que disait le Conseil d'Etat en présence d'actes relatifs à l'exercice du Culte argués d'illégalité ? il répondait que ces actes ne pouvaient être déférés au Conseil par la voie du recours pour excès de pouvoir, que seul le recours pour abus était recevable : Dès lors, la conclusion toute favorable au caractère contentieux de la décision du Chef de l'Etat, ne se dégageait-elle pas d'elle-même ?

B. — Du Jugement des Prises Maritimes.

L'un des moyens les plus efficaces auxquels, dans une guerre maritime, recourent les belligérants afin de réduire ou de désarmer l'adversaire, consiste à s'emparer de tout ce qui lui appartient, à saisir notamment les navires de commerce de son pays avec les marchandises transportées.

Ces prises qui contredisent si gravement l'inviolabilité de la propriété privée respectée, par contre, jusqu'à la guerre actuelle, en cas d'hostilité sur terre, ne s'opèrent pas toutefois arbitrairement.

En France, sans parler des autres Etats, elles ont été réglementées depuis longtemps. Un principe domine : toute capture pour devenir définitive au profit du capteur doit avoir été validée : aussi une autorité a-t-elle été précisément instituée pour contrôler les conditions dans lesquelles la prise a eu lieu et se prononcer sur sa légalité, mission délicate à raison des problèmes souvent soulevés qui mettent en jeu l'application de dispositions de droit public et de droit privé.

La validité de la capture est vérifiée par le Conseil des Prises dont l'organisation en vigueur date du décret du 9 Mai 1859 : voici sa composition : huit membres nommés par le Président de la République, un Conseiller d'Etat président, six membres, dont deux pris parmi les Maîtres des Requêtes et un commissaire du Gouvernement.

Ce Conseil ne statue qu'en premier ressort, sa décision pouvant être déférée en Appel au Chef de l'Etat

statuant par Décret en Assemblée Générale du Conseil d'Etat.

Cette intervention du Chef de l'Etat n'est au surplus que la confirmation finale d'une longue tradition remontant au XVII[e] siècle. A partir de cette époque et jusqu'en 1789, on appela devant le Roi en son Conseil des décisions du Conseil des Prises que présidait le Grand Maître de la Navigation et du Commerce de France.

Peu après la fin de la période révolutionnaire pendant laquelle les prises furent soumises à un régime spécial, on fit retour à la tradition temporairement interrompue : à la suite de la réorganisation en l'an VIII du Conseil des Prises, le Conseil d'Etat devint, par rapport à lui, juridiction d'Appel : Décret du 11 Juin 1806, art. 14 ; et depuis, le Chef de l'Etat, n'a cessé jusqu'à nos jours, de connaître des Prises maritimes.

Mais, à quel titre en connait-il ?

Il ne nous paraît pas que la validité ou l'invalidité d'une prise soit laissée à la discrétion d'un administrateur dont l'appréciation indéterminée et mobile aboutit souvent à des conclusions arbitraires. Statuer en matière de Prises, c'est juger, comme le dit M. Laferrière (8) et juger c'est le fait d'une autorité prête à subir l'influence, au besoin la contrainte de directions légales, d'une autorité qui, par les qualités d'impartialité inhérentes à sa fonction, diminue, dans l'esprit du

(8) LAFERRIÈRE, tome 2, page 67.

saisi la crainte naturelle d'être jugé par le Souverain du capteur : aussi pensons-nous que le rôle du Chef de l'Etat comme aussi celui du Conseil des Prises est et ne peut être que d'ordre juridictionnel.

Le problème que soulève toute prise ne se révèle-t-il pas par des côtés juridiques, sous un aspect évidemment contentieux ?

La procédure à suivre n'est-elle pas caractéristique ? n'observe-t-on pas ici les phases successives d'une instance litigieuse, le débat s'engageant devant le tribunal des Prises, à la requête du commissaire du Gouvernement entre le capteur et le capturé, le jugement rendu par le tribunal susceptible dans des délais nettement fixés d'être porté en appel devant le Conseil d'Etat ?

Et puis, la décision à rendre n'implique-t-elle pas la recherche préalable et attentive de la légalité ? Il importe, en effet, d'analyser les circonstances dans lesquelles la saisie s'est produite pour savoir si les conditions d'une prise régulière se rencontrent : la capture, par exemple, est-elle antérieure ou postérieure à la déclaration officielle de la guerre ? le capteur n'a-t-il pas fait erreur sur la nationalité, soit du navire, soit de la cargaison ? la capture a-t-elle été effectuée en mer libre ou dans les eaux neutres ? le capturé n'est-il pas fondé à réclamer des dommages intérêts ? Autant de points à discuter entre les parties en conflit et à résoudre par l'application de principes complexes empruntés tant au droit des gens, lois de la guerre,

conventions diplomatiques, qu'au droit privé, civil et commercial.

Tout concourt donc à prouver que la question de validité d'une prise est contentieuse et que le rôle du Chef de l'Etat participe de la nature de la cause.

Les précédents historiques fortifient cette conclusion. On s'accordait, dans notre ancien droit, pour admettre que les autorités chargées de contrôler les prises devaient juger. Pendant la période intermédiaire les tribunaux de commerce furent déclarés compétents et sous le Directoire appel de leurs jugements était porté devant les tribunaux civils du Département.

Une loi du 26 Ventôse, An VIII, ayant retiré aux tribunaux ordinaires la connaissance de cette sorte d'affaires, l'arrêté consulaire du 6 Germinal An VIII, la confia à un Conseil des Prises dont un Décret du 11 Juin 1806 vint soumettre les décisions à l'appel devant le Conseil d'Etat.

Depuis ce décret jusqu'en 1815 la Commission du Contentieux préparait le rapport sur lequel statuait ensuite l'Assemblée Générale dans la forme Contentieuse. A partir de 1815 (9), l'instance, par suite de la suppression du Conseil des Prises, fut déférée directement au Comité du Contentieux.

Tel était la question quand parurent en 1831 les ordonnances qui dotaient les affaires contentieuses de garanties nouvelles, publicité, débat oral.

(9) Voir ordonnances du 9 janvier 1815 et du 23 août 1815.

L'ordonnance du 9 septembre 1831 déclara ces innovations applicables à la matière des Prises, la Section du Contentieux continuant néanmoins à rester chargée de l'instruction.

Mais en 1849, il advint qu'en même temps que sous l'influence de la substitution de la justice déléguée à la justice retenue, la section du Contentieux se transforma en tribunal jouissant d'un pouvoir autonome, les prises lui échappèrent et passèrent à l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat qui en délibérait après rapport de la section administrative correspondant au Ministère de la Marine (10).

Consacrée par deux décrets, l'un du 25 janvier 1852, l'autre du 21 août 1872 (11), cette procédure a subsisté jusqu'à nos jours modifiée seulement en ce que la section des Affaires Étrangères remplaça, pour la préparation du rapport, la section de la Marine.

La compétence ainsi attribuée à l'Assemblée Générale du Conseil d'État a provoqué des doutes relatifs à la nature juridique que nous avons assignée aux Prises. Dès lors, a-t-on dit, que les prises sont tenues à l'écart du Conseil d'État statuant en Contentieux et traitées administrativement, n'est-ce pas la preuve qu'il ne saurait être question, à leur égard, d'un pouvoir Juridictionnel ?

Nous nous expliquons au contraire fort bien que ces affaires aient été distraites de la compétence du Conseil

(10) Règlement du 26 mars 1849, art. 19.
(11) Bonfils, *Droit international public*, 3e édition, pag. 844 à 847.

d'État siégeant dans la forme Contentieuse : les prises, en effet, donnent lieu à un contentieux spécial, d'ordre gouvernemental qui nous paraît relever exclusivement du Chef de l'État et ne pas plus correspondre à un tribunal administratif qu'à un tribunal judiciaire.

Pour justifier ce cas de justice retenue, il suffit, selon nous, de songer que juger une prise, c'est juger un fait de guerre, c'est-à-dire un acte mettant en cause deux États et dont l'interprétation est souvent subordonnée à des considérations diplomatiques que, mieux que quiconque, le souverain est à même de connaître et d'apprécier. S'il est clair que ce souverain ne peut, sans violer ouvertement le droit, déclarer de bonne prise une capture manifestement illégale, par contre, on conçoit que des motifs graves d'opportunité l'invitent à user de ménagements et à rendre, par exemple, à l'adversaire une prise parfaitement régulière : un juge capable de faire fléchir ainsi la loi au nom et dans l'intérêt supérieur du pays ne saurait être que le souverain lui-même.

Ne doutant pas du caractère contentieux de la décision du Chef de l'État nous déduirons cette conséquence que le recours pour excès de pouvoir est ici sans portée. On ne concevrait pas, en effet, que dans l'exercice de sa prérogative juridictionnelle, telle qu'elle subsiste strictement mesurée, le Chef de l'Etat fut soumis au contrôle de son Conseil admissible seulement par rapport aux actes administratifs.

C. — Recours déférés par des textes spéciaux au Chef de l'État.

La justice retenue n'a donc pas complètement disparu, nous croyons l'avoir établi, mais les deux cas de survie que nous venons d'exposer sont-ils les seuls à signaler ?

Au dire de quelques auteurs, il en existerait d'autres qui correspondraient à certains recours, prévus par des textes spéciaux, recours déférés précisément au Chef de l'État et délibérés en Assemblée générale de son Conseil ; ces recours seraient les suivants :

a) Recours au profit de la partie qui se croirait lésée dans ses droits de propriété par l'effet d'une décision du Conseil d'État rendue en matière non contentieuse : art. 40. Décret du 22 juillet 1806.

b) Recours contre l'arrêté préfectoral qui a autorisé la formation d'une Association syndicale en vue de l'exécution de travaux d'intérêt général : art. 13. Loi du 21 juin 1865.

c) Recours du Préfet pour faire annuler les délibérations des Conseils généraux à raison d'incompétence, excès de pouvoir ou de violation d'une disposition ayant force de loi : art. 33 et 47. Loi du 10 août 1871.

Faut-il admettre que chacun de ces recours fournisse l'occasion d'une manifestation juridictionnelle du Chef de l'État ? l'opinion contraire qui prévaut les considère comme purement administratifs et les qualifie de recours en annulation administrative, expressions signi-

ficatives destinées, dans un but de netteté, à les différencier des recours en annulation contentieuse.

Comment, en effet, si, par hypothèse, ils sont contentieux, justifier à leur égard, la juridiction tout à fait exceptionnelle du Chef de l'État et le dessaisissement anormal de la formation contentieuse du Conseil ? l'absence d'explication, à ce propos, crée, nous semble-t-il, un préjugé favorable au caractère administratif des décisions du Chef de l'État, dans les espèces visées, d'autant mieux que s'il fallait insister, l'examen de chaque recours offrirait en ce sens, des motifs concluants.

Consulté en 1878 au sujet de l'art. 40 du Décret de 1806, le Conseil d'État n'émit-il pas l'avis que le recours prévu, toujours en vigueur, n'était pas contentieux, qu'il équivalait à une requête plus énergique qu'une pétition mais dont le Chef de l'État avait la faculté de ne tenir aucun compte ?

Plusieurs Décrets des 11 janvier 1873 et 8 juillet 1886, n'ont-ils pas également déclaré, par interprétation de l'art. 13 de la loi de 1865 que ce texte se référait à un recours par la voie administrative ?

Enfin, n'est-ce pas au Chef de l'État, chargé de contrôler dans l'intérêt général les actes des Conseils généraux, que s'adresse le recours autorisé par les articles 33 et 47 de la loi de 1871.

Autant d'arguments sérieux pour se garder de l'erreur de ceux qui voient dans ces différents recours des survivances de la justice retenue. Il est vrai que

d'après un auteur, une telle méprise, loin d'être critiquable serait plutôt désirable ; sous prétexte que, comme, observe M. Hauriou, quelques-uns de ces recours ont des formes consacrées qui se rapprochent des formes contentieuses, il y aurait lieu de les considérer comme des recours quasi-contentieux pour lesquels la justice serait retenue : on obtiendrait par là même cet avantage que les décisions sur ces recours deviendraient définitives, ce qu'elles ne sont pas, et ne pourraient, en aucun cas, être attaquées par un recours contentieux : ce serait, ajoute M. Hauriou, bien comprendre l'évolution historique. (Précis de droit administratif page 819).

§ 2. — De la Disparition de la justice retenue et du jugement des conflits.

L'autorité administrative et l'autorité judiciaire ont un domaine respectif qui n'est pas si nettement délimité que son étendue ne soit parfois, au cours d'un litige, la cause entre ces autorités d'ordre différent, d'un désaccord sur la compétence, d'une rivalité qui, précisément, aboutit au conflit positif d'attribution.

La lutte que suppose ce conflit est-elle égale et réciproque pour les deux autorités ? chacune d'elles, sans distinguer entre la Justice et l'administration, jouit-elle, au même titre du droit d'affirmer et de revendiquer sa compétence vis-à-vis de l'autre qu'elle prétend saisie

illégalement de l'affaire ? Quoiqu'il semble, on doit répondre négativement.

Le Conflit n'est pas une arme à double effet ; il procède unitéralement au profit de l'administration contre les tribunaux judiciaires, jamais en faveur de ceux-ci contre l'administration ; seule donc, l'autorité administrative, se sentant menacée dans son indépendance a la faculté d'y recourir, tandis que les tribunaux sont absolument sans qualité pour l'invoquer.

D'où vient la différence ? serait-ce que l'adaptation du conflit au rôle qu'un tribunal doit remplir se concevrait difficilement ? Un tribunal, dit-on, n'a d'autre mission que de statuer seulement quand il en est requis : en conséquence, il ne peut pas plus se saisir d'office d'un litige que demander à juger une question dont on ne l'a pas saisi ; tout empiètement qui émane de l'administration autorise exclusivement la protestation de l'intéressé lui-même ; l'autorité judiciaire n'a pas à intervenir : elle n'est pas en jeu ; sans aucun doute elle serait diminuée, restreinte dans son indépendance si on enlevait à un tribunal le droit ou d'être saisi ou de juger après avoir été saisi ; mais elle ne souffre pas de l'usurpation qui se commet en dehors d'elle et ses prérogatives ne sont pas tenues en échec : voilà pourquoi le conflit lui échappe.

Au besoin, cette explication cadrerait avec le souvenir de la méfiance très vive qu'inspiraient jadis les corps judiciaires, sous l'Ancien Régime et pendant la période révolutionnaire : on se rappelait leur zèle

envahissant, on avait présente à l'esprit la tendance qui les portait à dépasser plutôt qu'à rsserrer les limites de leurs attributions ; dès lors, n'était-il pas superflu de songer à protéger l'autorité judiciaire ? ne valait-il pas mieux se défendre contre ses extensions et permettre à l'administration de refouler les tentatives de pénétration des tribunaux ?

C'est de ce sentiment très vivement éprouvé qu'est sorti le Conflit dont le but est de sanctionner le principe de la séparation des pouvoirs et de rendre, de la sorte, efficace l'interdiction pour les juges de s'immiscer dans les actes de l'administration.

On sait comment procède le conflit ; il débute par un déclinatoire d'incompétence, véritable mise en demeure transmise au tribunal pour qu'il se déssaisisse ; le déclinatoire émane du Préfet représentant la Puissance publique dans le département où siège le tribunal ; ensuite, au cas où le tribunal ne cède pas et maintient sa compétence, le Préfet prend un arrêté de conflit ; aussitôt le tribunal est obligé de surseoir en attendant la décision ultérieure qui confirmera ou annulera l'arrêté de conflit.

Cette décision qui va la rendre ?

Il faut songer que la discussion engendrée par le conflit dépasse de beaucoup, par sa nature et ses effets, la portée d'un litige ordinaire : c'est un débat nouveau qui s'engage et se poursuit tout à la fois en dehors de l'intervention des plaideurs figurant dans l'instance primitive et bien au-dessus de leurs intérêts privés ;

c'est un débat d'ordre supérieur entre deux grands Pouvoirs de l'Etat divisés au sujet de leurs attributions, en désaccord formel sur une question de compétence dont l'interprétation et la solution sont étroitement reliées à certaines des règles les plus essentielles de l'organisation générale de notre pays.

A qui donc confier le rôle de statuer sur un tel différend ? à une autorité assez indépendante, semble-t-il, suffisamment éloignée de l'ambiance politique pour justifier la confiance et tenir la balance égale entre les deux pouvoirs ; car, il importe que, sous le prétexte apparent d'opérer un règlement de compétence, le conflit ne serve pas, par un déplacement de juridiction, à favoriser l'arbitraire gouvernemental.

Les faits sont là pour attester que cette considération rationnelle n'a pas prévalu.

A partir de l'Ancienne Monarchie il devint de tradition et cette tradition s'est constamment maintenue, à travers les régimes jusqu'en 1872, sauf une interruption toute momentanée en 1849, que le conflit était justiciable du Gouvernement.

A ce titre et depuis la Révolution il fut d'abord, sous la forme d'une « Réclamation d'incompétence » porté devant le Roi : Loi des 7-14 Octobre 1790, ensuite devant le Ministre de la Justice et le Directoire avec recours possible au corps législatif : Loi du 21 Fructidor An III, art. 27, déféré en l'An VIII au premier Consul statuant en Conseil d'Etat, puis au Chef de l'Etat, Empereur ou Roi qui, toujours en son Conseil décidait

ou par décret ou par ordonnance, suivant le régime, après rapport préparé par la section du Contentieux et soumis, en séance publique à l'Assemblée du Contentieux.

Le jugement des Conflits constituait donc une manifestation très importante de la justice retenue.

En 1872, se produisit une modification dans le jugement du conflit. En même temps que le législateur, s'occupant de la réorganisation du Conseil d'Etat, l'érigeait en juridiction souveraine pour juger le contentieux, il créait un tribunal administratif spécial chargé de résoudre les conflits d'attribution.

Ce tribunal des Conflits reproduisait, sous réserve de certains changements, celui qui, sous une dénomination identique avait été établi par la Constitution de 1848, art. 89, réglementé par le décret du 28 Octobre 1849 et la loi du 4 février 1850, enfin supprimé, après un fonctionnement de durée éphémère, par le décret du 25 Janvier 1852.

Voici, depuis 1872, sa composition : le Garde des Sceaux président, trois Conseillers d'Etat en service ordinaire, élus par les Conseillers en service ordinaire, trois Conseillers à la Cour de Cassation nommés par leurs collègues, deux autres membres et deux suppléants élus par la majorité des juges précédemment indiqués, un vice-président choisi par les membres du tribunal : « Le Tribunal des Conflits représente en quelque sorte la liaison des deux constructions de notre système judiciaire... » (12).

(12) V. CHARDON, *L'Administration de la France*, page 412.

Fait intéressant ! C'est la même loi, la loi du 24 Mai 1872, qui, tout à la fois, a consacré la suppression de la justice retenue et institué le tribunal des Conflits ! Coïncidence ? non pas, mais corrélation qui s'imposait comme il en avait été déjà en 1848, lors de la substitution de la justice déléguée à la justice retenue.

Pour s'expliquer, en effet, comment les Conflits, dans le système de la justice retenue, pouvaient être déférés au Conseil d'Etat, il convient de tenir compte des conditions dans lesquelles le Conseil coopérait à l'exercice de cette Justice.

Sous cet aspect, il n'apparaissait, au moins théoriquement, que comme l'auxiliaire du Souverain, l'organe dont celui-ci utilisait la fonction délibérante pour la préparation de ses décisions rendues en forme d'ordonnances ou de Décrets ; car c'était au Chef de l'Etat qu'appartenait exclusivement le droit de prononcer, de statuer au Contentieux, de même qu'en vertu de sa préeminence vis-à-vis des deux autorités administrative et judiciaire et de sa qualité de supérieur hiérarchique commun, il avait également compétence en matière de conflits ; représentant de la justice retenue, il pouvait mieux que tout autre distinguer ce que, d'une part, il avait gardé et délégué de l'autre, fixer, en un mot, arbitre suprême, les limites des juridictions.

Mais lorsque la supression de la justice retenue eut dessaisi le Chef de l'État du Contentieux administratif et du règlement des Conflits, il sembla impossible de

conserver au Conseil d'État transformé en haut tribunal administratif la connaissance des conflits.

Dans une question de délimitation de compétence qui regarde au même degré l'administration et la justice, serait-ce respecter leur égale et mutuelle indépendance que de confier à l'autorité administrative le soin de trancher le différend ?

D'abord, pourquoi lui accorder la préférence ?

Et puis, une fois constituée juge et partie, ne cèderait-elle pas à la tentation de subordonner la décision à ses propres intérêts et d'y soumettre plus ou moins arbitrairement l'autorité judiciaire ? Celle-ci, mise de la sorte en état d'infériorité ne serait sortie du débat privés. »

C'est précisément pour obvier à cette éventualité et pour maintenir l'équilibre nécessaire que le tribunal des Conflits fut créé ; « organe souverain de la justice administrative le Conseil d'État ne saurait, en cette qualité, exercer un contrôle sur les actes des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire : C'est pour ce motif que la loi de 1872 a transféré à un tribunal spécial le pouvoir de prononcer sur les Conflits d'attribution » arrêt du Conseil d'Etat du 18 janvier 1901, affaire Herry de Maupas.

De ce qui précède résulte donc que la substitution de la justice déléguée à la justice retenue a été la cause immédiate et déterminante de la création du Tribunal des Conflits.

Institué pour servir de juridiction commune et supé-

rieure aux deux autorités rivales et ménager leurs susceptibilités réciproques, il reçut une organisation qui, dans la pensée du Législateur, réunissait toutes les garanties de science juridique et de dignité professionnelle : emprunt aux rangs les plus élevés de la hiérarchie administrative et judiciaire des éléments qui devaient le composer, trois Conseillers d'État, trois Conseillers à la Cour de Cassation désignés par le vote de leurs collègues respectifs ; adjonction, en prévision d'un partage égal d'opinions entre ces deux fractions du tribunal, de deux autres membres destinés à départager les suffrages, enfin, présidence conférée au Ministre de la Justice dont la situation hiérarchique vis à vis des représentants de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire, au sein du Tribunal lui permettrait de concilier les oppositions qui viendraient à se manifester. Et cependant, la valeur de la combinaison à laquelle le Législateur s'était arrêté pour composer le Tribunal des Conflits ne devait pas tarder à provoquer des doutes et des critiques.

Il advint, à plusieurs reprises, qu'après délibération en nombre pair des membres formant ce tribunal, les voix se partagèrent également ; pour aboutir à une solution rendue impossible par cette scission, il fallut convier à siéger le Garde des Sceaux, président du tribunal, et devant lui recommencer les débats.

Or, on constata le fait suivant : chaque fois qu'il eut ainsi l'occasion d'émettre son suffrage, la balance pencha invariablement du côté de l'Administration.

Ce fut d'abord la voix de M. Dufaure, Ministre de la Justice qui, le 8 février 1873 (13) dans un arrêt qui a fixé la jurisprudence, fit cesser l'opposition existant entre la Cour de Cassation et le Conseil d'État sur le point de savoir qu'elle était l'autorité compétente pour statuer sur la responsabilité encourue par l'État à raison des fautes ou négligences de ses agents, la Cour de Cassation affirmant le droit des tribunaux judiciaires avec application de l'art. 1384 du Code Civil, tandis que le Conseil d'Etat ne reconnaissait compétence qu'à l'administration seule.

Voici quelques extraits de la décision du tribunal des Conflits souvent citée : « considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait de personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes établis par le Code Civil pour les rapports de particulier à particulier..... ; que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, qu'elle a des règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État et les droits privés. »

En 1880, le 14 Janvier, deux affaires à peu près identiques furent soumises au Tribunal des Conflits.

a) Frères des Ecoles Chrétiennes contre la Ville de Brignoles.

b) Frères des Ecoles Chrétiennes contre Ville d'Alais et le Préfet du Gard.

(13) *Tribunal des Conflits*, DALLOZ, 73-3-20 : Arrêt *Blanco*.

Dans chacune de ces espèces, il s'agissait d'un immeuble donné à une ville sous la condition formelle de son affectation à l'Etablissement d'une Ecole tenue par les frères des Ecoles Chrétiennes : or, par arrêté, le Préfet avait nommé des instituteurs laïques pour remplacer les congréganistes.

Ceux-ci invoquant la donation, titre dont le caractère était évidemment civil, introduisirent un référé à l'effet d'obtenir l'occupation provisoire de l'immeuble jusqu'à ce que, à la demande des donataires, il eut été ultérieurement statué sur le fond.

Ils argumentaient du principe en vertu duquel, quand le juge civil est compétent à raison de la matière (ce qui ne faisait doute dans le cas actuel, le débat portant sur un droit de propriété) le juge des Référés, s'il y a urgence, l'est également au provisoire. Le juge s'étant, en effet, déclaré compétent sur le Référé, malgré le déclinatoire du Préfet, celui-ci éleva alors le Conflit.

De nouveau, le tribunal des Conflits se divisa par moitié et ce fut l'intervention prépondérante de M. Cazot, Ministre de la Justice qui le départagea : « considérant, dit l'arrêt sur conflit, que la stipulation de cette donation et les droits qui peuvent en résulter, n'ont pu faire obstacle soit à l'exercice des Pouvoirs du Préfet, soit aux conséquences de ses décisions relativement à l'immeuble affecté à l'Ecole Communale et qui conserve cette affectation jusqu'au jugement définitif à intervenir sur les droits que les Frères pré-

tendent avoir à la possession de cet immeuble et tant que la propriété n'en aura pas été retirée à la commune....., que la continuation de l'occupation de la Maison d'Ecole demandée par les Frères étant inconciliable avec les effets et l'exécution des arrêtés sus visés, le juge du Référé, en se déclarant compétent, a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire ».

Le 29 Février 1908, dans deux affaires où le Tribunal des Conflits délibérant en nombre pair hors la présence du Ministre de la Justice, s'était trouvé partagé, le Garde des Sceaux dut venir présider : grâce à son suffrage, l'administration cette fois encore l'emporta. Voici dans quelles circonstances brièvement résumées.

a) Affaire Abbé Brunet et Bel contre le séquestre des biens de la Fabrique et de la Mense de Combret.

En exécution de la loi de séparation le Préfet de l'Aveyron avait, par arrêté, placé sous séquestre, une parcelle de terre jadis vendue à la fabrique d'une paroisse du département, sous la condition que les curés successifs en jouiraient à perpétuité et mis ensuite le désservant, l'abbé Brunet en demeure de délaisser la parcelle. L'abbé s'adressa au juge des Référés, demandant à être maintenu en possession jusqu'à la décision au principal de la juridiction compétente : l'autorité judiciaire lui donna gain de cause, malgré le déclinatoire du Préfet : celui-ci prit alors un arrêté de conflit qui fut confirmé dans les termes suivants :

« Considérant que la demande de l'abbé Brunet avait pour but de suspendre ou d'entraver, quant à la disposition de l'immeuble, l'exécution des mesures prises par le Préfet agissant sous l'autorité des Ministres comme délégué du Pouvoir exécutif, dans le cercle de ses attributions pour l'application de la Loi du 9 décmbre 1905 et du Décret du 16 Mars 1906 ; qu'il s'agit là d'actes administratifs qui ne pouvaient être déférés qu'au Ministre compétent ou au Conseil d'Etat statuant au Contentieux. Considérant, il est vrai, que le demandeur invoque des droits dérivant de l'acte de vente de 1862, mais, que, quelles que puissent être les prétentions à cet égard, il n'appartenait pas au Juge des Référés, avant jugement au fond, de connaître d'une demande tendant à faire obstacle à l'exercice des pouvoirs dévolus pour l'exécution de la loi et du décret précités au préfet agissant non comme représentant du domaine de l'Etat, mais comme délégué de la puissance publique (14).

b) Affaire Feutry contre département de l'Oise.

Le problème très intéressant que soulevait ce procès était de savoir si les règles de compétence admises à propos des actions en dommages et intérêts dirigées contre l'État devaient s'étendre aux départements et aux communes.

Voici l'espèce : Dans la nuit du 3 septembre 1906, un aliéné interné à l'asile de Clermont (Oise) s'évada et

(14) *Abbé Brunet et Fel. c. le Sequestre des biens de la Fabrique de Combrel*, M. FEUILLOLEY, Commissaire du Gouvernement *Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat*, 1908, pages 199 et suivantes.

incendia des meules de blé appartenant à un nommé Feutry.

Ce dernier prétendit que l'évasion provenait d'un manque d'organisation et de surveillance de l'asile : il actionna le département de l'Oise que le tribunal de Clermont condamna à des dommages intérêts

Sur appel du département, le préfet proposa devant la Cour qui le rejeta un déclinatoire : aussitôt le conflit fut élevé et ultérieurement confirmé (15) : « considérant que l'assignation ne vise aucune faute personnelle à un agent de l'administration et se détachant de sa fonction ; qu'elle incrimine l'organisation et le fonctionnement d'un service à la charge du département et d'intérêt public : que l'appréciation des fautes qui auraient pu se produire dans l'exécution de ce service n'appartient pas à l'autorité judiciaire : que c'est à bon droit que le Préfet de l'Oise a revendiqué pour l'autorité administrative..... »

Les constatations qui précèdent ne sont-elles pas significatives et ne rendent-elles pas saisissant le grief adressé à la Présidence du Tribunal des Conflits ?

Il est acquis, en effet, qu'à différentes reprises, ce Tribunal s'étant divisé en deux partis égaux, chaque parti gardant avec tenacité ses positions et ne cédant pas, le Ministre de la Justice, en intervenant, a joué un rôle décisif : C'est le Ministre qui, par sa voix, a fait cesser le partage, rompu l'équilibre, sans jamais man-

(15) *Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat*, 1908, pages 208 à 218.

quer d'accorder son adhésion à la thèse formulée et soutenue par l'administration : C'est lui, qui, sur des questions essentiellement délicates touchant aux principes les plus élevés du droit, questions de propriété et de responsabilité, a pu, par sa seule volonté, tenir en échec l'autorité judiciaire, suspendant l'exécution de ses décisions comme dans les instances en référé, resserrant son domaine en la dessaisissant des procès en responsabilité pour en investir la juridiction administrative...

Le partage des membres du tribunal a donc suffi et peut suffire encore pour rendre le Ministre l'arbitre suprême, le maître de l'arrêt qui détermine les compétences respectives : prérogative exceptionnelle dont l'exercice éventuel est assurément propre à justifier la critique, prérogative qui nous paraît incompatible avec la notion que se forme l'esprit, d'un tribunal véritable ! Car, n'importe-t-il pas au point de vue de sa composition, d'éliminer systématiquement tous les éléments susceptibles de donner prise au moindre soupçon de partialité involontaire et de n'accueillir que des juges absolument désintéressés dans le débat, ne subissant à aucun degré, l'influence de préoccupations extérieures, uniquement pénétrés de l'idée d'une justice rigoureuse, conforme à la légalité ?

C'est ainsi que le législateur l'a compris quand, tout en attribuant au Ministre de la Justice la présidence du Conseil d'Etat, il n'a pas voulu lui reconnaître le droit de participer à ses travaux de juridiction conten-

tieuse. Ne devait-il pas, dès lors, dans la composition du Tribunal des Conflits, observer et reproduire au regard des Ministres la même réserve ? et pourtant, il ne l'a pas fait, estimant sans doute que quand il s'agit d'un litige entre deux pouvoirs publics, il est naturel que le gouvernement directement intéressé soit, au sein du tribunal chargé de décider, représenté par le Ministre le mieux qualifié, dans l'espèce, le Garde des Sceaux, chef de la Justice Administrative et chef de la Justice Civile, trait d'union par suite entre les deux Justices.

Cette considération serait admissible si l'on pouvait, avec une certitude absolue, affirmer que le Ministre n'inclinera jamais vers un sens plutôt que vers l'autre, les décisions qui doivent toujours s'inspirer de la Loi.

Mais le Ministre de la Justice que des motifs autres que ses connaissances juridiques ont pu, d'ailleurs, porter à cette fonction, est, avant tout, un homme de gouvernement : il est, de plus, le collègue du Ministre de l'Intérieur qui a donné l'ordre aux Préfets d'élever le Conflit : il se trouve donc, par sa situation, surtout dans les affaires où s'insinue la politique, dans une sorte d'impossibilité de se placer au point de vue du droit pur ; convient-il même de le qualifier de juge lorsque , comme dans l'affaire Brunet il a, antérieurement à son vote, fourni des observations tendant à la confirmation de l'arrêté de conflit !

C'est assez pour justifier la critique que soulève la présidence du Tribunal des Conflits conférée à un

membre du Gouvernement qui, quand il l'exerce effectivement, est capable à lui seul, d'imprimer à la Jurisprudence une direction nouvelle, de l'orienter selon les desseins de l'administration.

Un tel résultat ne permet-il pas de douter sérieusement de l'opportunité de faire présider le Tribunal des Conflits par le Ministre de la Justice ? La justice retenue a beau en être bannie, comme l'observe en insistant M. Hauriou, il n'en est pas moins vrai qu'étroitement relié au pouvoir, il se présente tout au moins dans l'hypothèse d'un partage de voix, sous l'aspect d'une juridiction gouvernementale où prédomine l'esprit administratif et dont les arrêts ne diffèrent guère, par leurs tendances, des décrets que rendait le Chef de l'Etat, en pleine période de justice retenue.

Aussi contentons-nous, sans chercher la combinaison nécessaire pour éviter l'écueil, de constater que la substitution de la justice déléguée à la justice retenue a certainement provoqué la création du tribunal des conflits, mais que cette création, par suite d'une imperfection d'organisation n'a pas apporté de changements appréciables au système antérieurement pratiqué et qu'elle a plutôt contribué à mettre en évidence la supériorité de l'administration dont elle a assuré le succès.

§ 3. — De la Disparition de la justice retenue et de ses suites à propos de Majorat et du décret du 1er Mars 1808, art. 42.

Le changement introduit par la loi de 1872 dans le rôle contentieux du Conseil d'État s'est révélé, il y a quelques années, à propos d'une question relative à l'institution des Majorats, par une conséquence très intéressante que le Conseil d'État lui-même a déduite dans un arrêt très nettement motivé.

Etablis en 1806 dans le but de rehausser le prestige de la nouvelle noblesse que l'Empereur venait de créer, les Majorats consistaient en biens immobiliers inaliénables qui formaient la dotation perpétuelle d'un titre de noblesse : ils se transmettaient en ligne directe : l'aîné mâle en profitait.

Suivant qu'ils étaient constitués ou par le Chef de l'État au moyen de biens domaniaux ou par les particuliers avec leurs biens personnels, on les appelait dans le premier cas, Majorats de propre mouvement, dans le second Majorats sur demande.

Précisément, dans l'espèce qui fut soumise au Conseil d'Etat, il s'agissait d'un Majorat sur demande dont le titulaire se nommait Herry de Maupas. Ce Majorat était l'un des derniers qui subsistaient à la suite des lois des 12 mai 1835 et 7 mai 1849, la première qui limita leur durée et la seconde qui les abolit.

Plusieurs immeubles en dépendant avaient été saisis et vendus : la validité de ces opérations fut reconnue par divers jugements du Tribunal Civil de Tours, 8 décembre 1891, 14 avril 1895, 1er août 1896, ainsi que par plusieurs Arrêts de la Cour d'Appel d'Orléans, 31 mars 1892, 10 janvier 1896, 22 avril 1899.

C'est à la suite de ces circonstances que Herry de Maupas tirant argument des articles 41 et 42 du décret du 1er mars 1808 présenta requête au Conseil d'État, demandant à la haute Juridiction de faire application de ces textes ; le premier prononçait la nullité de plein droit de tous actes de vente, de donation, de constitution d'hypothèques concernant les immeubles dépendant du Majorat ainsi que la nullité de tous jugements qui auraient validé ces actes d'aliénation totale ou partielle ; le second réservait au Conseil d'État le droit d'annulation des jugements qui auraient validé les actes d'aliénation.

Voici l'arrêt rendu par le Conseil d'État (16).

Vu le décret du 1er mars 1808 sur les Majorats,

Vu la loi du 24 mai 1872,

Considérant que pour déférer au Conseil d'Etat un jugement du 1er août 1896 par lequel le Tribunal Civil de Tours a prononcé l'adjudication d'un immeuble compris dans un Majorat dont il est titulaire et divers autres jugements et arrêts rendus dans la même instance le sieur Herry de Maupas se fonde sur les articles 41 et 42 du décret du 1er mars 1808.

(16) Dalloz 1902, 3, p. 39.

Considérant qu'au moment où le S. C. du 14 août 1806 ayant rétabli en principe l'institution des Majorats, le Chef de l'État déterminait par le décret du 1er mars 1808 les conditions dans lesquelles il se réservait d'en autoriser la création dans chaque cas particulier, il a pu se réserver également pour l'exercer en son Conseil, un contrôle sur les décisions rendues en la matière par les tribunaux ; mais que cette disposition qui avait pour effet de soumettre les tribunaux civils à l'autorité d'un corps placé en dehors de la hiérarchie judiciaire ne pouvait se concevoir que comme dérivant du régime alors en vigueur de la justice retenue dans lequel le Conseil d'État ne faisait que préparer les décisions du souverain, Chef Suprême de la Justice.

Qu'elle n'est pas compatible avec le système de la loi de 1872 : qu'en effet le Conseil d'État au Contentieux investi par cette loi d'un pouvoir propre de juridiction est devenu l'organe souverain de la Justice administrative et ne saurait en cette qualité exercer un contrôle, sur les actes des Cours et Tribunaux de l'ordre judiciaire : que c'est pour ce motif que la loi de 1872 a transféré à un tribunal spécial le pouvoir de prononcer sur les conflits d'attribution : que par la même raison on doit reconnaître que sous l'empire de la dite loi, l'article 42 du décret du 1er mars 1808 ne saurait recevoir d'application et qu'ainsi il n'appartient pas au Conseil d'État de connaître du jugement rendu par le Tribunal Civil de Tours, le 1er août 1896.

Art. 1. — La Requête est rejetée.....

Cet arrêt très juridiquement formulé, nous semble-t-il, n'a pas cependant échappé à la critique.

C'est à tort, prétend-on, que le Conseil d'Etat a jugé que le Décret de 1808 avait perdu sa valeur ; sans nul doute, depuis sa promulgation les circonstances politiques dont il est résulté, se sont modifiées ; mais de tels changements ne sont pas une raison pour conclure à l'inefficacité d'une loi ou d'un décret ; on insinue encore que, dans l'espèce, le Conseil d'État s'est laissé influencer par le discrédit dans lequel les Majorats étaient tombés ; qu'autrement, si cette institution n'avait pas été en opposition avec notre démocratie, il n'eut pas manqué de retenir la cause et d'ajouter ces nouveaux cas de survivance de justice retenue à ceux que, précédemment nous avons cités ;

Nous répondrons qu'il n'est pas nécessaire pour entraîner l'abrogation d'une loi ou d'un décret, qu'une disposition formelle en ce sens intervienne : l'abrogation peut parfaitement se réaliser tacitement, ce qui se présente dès lors qu'il y a incompatibilité entre un texte ancien et un texte nouveau. Or, ici, la contrariété n'est-elle pas manifeste entre l'art. 42 et la loi de 1872 ? par suite, c'est justement que l'arrêt a considéré que cette loi avait implicitement et nécessairement abrogé l'art. 42.

Quant à l'idée émise que l'art. 42 du décret aurait pu, malgré la loi de 1872, continuer à subsister sous le régime de la justice déléguée, si le Conseil l'avait voulu, nous l'estimons inacceptable : au contact de la loi de

1872, l'art 42 devait disparaître. Comment admettre, en effet, qu'à l'heure même où l'on entendait faire table rase de la justice retenue et procéder à la réorganisation de la justice administrative en la rapprochant autant que possible des conditions de fonctionnement de la justice ordinaire on ait songé à réserver l'application pure et simple d'un texte anormal, exorbitant du droit commun, qui violait si gravement et si ouvertement le principe de la séparation des Pouvoirs ?

§ 4. — De la Disparition de la justice retenue et de l'interprétation des actes de Gouvernement.

Les développements qui précèdent ont eu pour effet de mettre en relief l'importance de la réforme réalisée en 1872 au point de vue de l'étendue du Contentieux dévolu au Conseil d'État érigé en juridiction indépendante : il est maintenant acquis que la transformation qui s'est opérée dans la nature de la justice administrative a, par suite de la survie de quelques cas de justice retenue et de la création du tribunal spécial chargé de régler les Conflits d'attribution, modifié sensiblement la compétence normale du Conseil d'État et déterminé, dans la mesure que nous avons précisée le resserrement de son domaine.

Ce n'est pas tout : dans l'article 26 de la loi de 1872, le législateur cédant à une préoccupation analogue à celle que lui avait inspirée dans l'article 25 la crainte

d'empiètements de la Justice sur le terrain administratif, déclare en termes formels qu'il ne faut pas que les limites du Contentieux administratif soient dépassées et, pour le cas d'infraction, il édicte cette règle que « les Ministres ont le droit de revendiquer devant le tribunal des Conflits les affaires portées à la Section du Contentieux et qui n'appartiendraient pas au Contentieux administratif. »

Que signifie cette disposition d'apparence énigmatique et quelles sont ces affaires dont le Conseil d'État peut se trouver dessaisi ?

S'agirait-il, comme certains l'ont allégué, d'affaires dépendant du Contentieux judiciaire à l'occasion desquelles les Ministres seraient autorisés, devant la juridiction administrative, à élever le conflit au même titre que les Préfets devant les tribunaux judiciaires ? Est-ce l'idée de la loi ? Non pour rendre cette interprétation admissible le texte eut du viser non pas tous les Ministres indistinctement mais désigner uniquement le Ministre plus spécialement qualifié pour réclamer les affaires illégalement sorties de son ressort, c'est-à-dire le Ministre de la Justice ! Il est avéré, d'autre part, que les rédacteurs de l'art. 26, n'ont pas eu en vue l'éventualité supposée.

Mais alors, quel a donc été leur objectif ? Conformément à l'opinion la plus généralement admise, nous estimons que la loi de 1872 se réfère certainement à ces manifestations de puissance publique connues de la doctrine et de la jurisprudence sous le nom d'actes de

Gouvernement, actes distingués des actes administratifs proprement dits par une analyse dont le point de départ réside dans une différence qui, *a priori*, semble logique et correspondre à une conception naturelle de l'esprit, la différence entre les deux notions de gouverner et d'administrer.

Ce sont précisément ces actes de gouvernement, de haute politique intérieure et extérieure, d'ordre constitutionnel, diplomatique... que le législateur dans l'art. 26, entend opposer au « contentieux administratif » ; de ce contentieux précisément il les déclare exclus, créant en ce qui les concerne, et à leur profit, un véritable domaine réservé, intangible, inaccessible aux recours.

Comment expliquer cette exclusion ? les motifs ne nous paraissent pas étrangers à la disparition de la justice retenue ; nous croyons même que cette disparition en est la cause : entre les actes de gouvernement et l'évolution de la Justice administrative existe une relation qui mérite de fixer l'attention.

Tout le temps, en effet, que la justice retenue a fonctionné la notion de l'acte gouvernemental est restée imprécise et arbitraire : l'idée ne venait pas de s'arrêter à cette notion pour l'analyser juridiquement, dégager ses caractères, pour en faire en un mot la base d'une théorie.

On ne voyait pas davantage l'intérêt de distraire l'acte de gouvernement du domaine contentieux, de tracer entre eux une ligne séparative : est-ce que cet

acte n'émanait pas du Chef de l'Etat, c'est-à-dire de l'autorité même qui, par l'organe de son Conseil, statuait sur le contentieux soumis à son examen ? Grâce à la confusion des fonctions, le Chef du Pouvoir, maître de ses actes comme de ses jugements, n'avait-il pas toutes facilités d'écarter par une fin de non recevoir péremptoire le recours susceptible de heurter sa volonté souveraine ? Dans de telles circonstances, le Gouvernement, assisté qu'il était de son Conseil, interprète obligé de ses intentions, de ses tendances, pouvait-il en vérité, éprouver à cet égard une crainte sérieuse ?

Et pourtant nous constatons une preuve de méfiance dans l'ordonnance du 29 Juin 1814 qui appelait le Conseil d'en Haut du des Ministres à délibérer « sur les matières de haute administration » et donnait au Roi, dans une formule aussi large qu'indéterminée, le droit d'évoquer devant ce Conseil « les affaires du Contentieux de l'administration qui se lieraient à des vues d'intérêt général » art. 7.

Les raisons de douter des sentiments du Conseil d'Etat ne firent qu'augmenter lorsqu'arriva le moment où la Justice administrative s'avançant par des réformes successives vers la réalisation de la justice déléguée, se détacha graduellement de l'influence de plus en plus fictive du Pouvoir pour aboutir avec lui à une rupture qui, de courte durée après la loi de 1849, est devenue, depuis 1872, définitive.

C'est à ces deux époques que se révéla principale-

ment tout l'intérêt d'obvier aux conséquences possibles d'une justice dont l'indépendance nouvellement acquise se traduirait peut-être si on n'y prenait garde, par des manifestations capables d'entraver l'action du Pouvoir : il parut donc indispensable de préciser les limites de son ressort et spécialement d'établir au devant d'elle un obstacle qui la tint rigoureusement à distance d'affaires en dehors de son Contentieux et mettant en jeu la question d'actes de Gouvernement.

C'est à cet obstacle destiné à remplir le rôle que nous indiquons que se référait certainement l'art. 47 de la loi de 1849 : il visait un droit de revendication s'exerçant au profit du tribunal des Conflits au sujet d'affaires « n'appartenant pas au Contentieux administratif ».

Il suffit, à titre confirmatif, de consulter certains passages du rapport de M. Vivien devant la commission : (Moniteur universel du 12 Janvier 1849) « il est des circonstances, disait-il, où, en vue d'une grande nécessité publique, les ministres peuvent prendre des mesures qui blessent les droits privés : ils en répondent devant le Pouvoir politique. Les rendre justiciables du tribunal administratif, ce serait paralyser une action que s'exerce en vue de l'intérêt commun et créer dans l'Etat un pouvoir nouveau et menaçant pour les autres. Les mesures de Sûreté Générale, l'application des actes diplomatiques ne rentrent pas non plus dans le Contentieux administratif bien que les droits privés puissent en être atteints. C'est ce que la Jurisprudence du Conseil

d'Etat a consacré. Les nuances sont toujours délicates : on ne saurait sans danger les livrer à l'appréciation d'une juridiction quelconque et la section du Conseil d'Etat de quelque confiance qu'elle nous paraisse digne, ne pouvait sans réserve être investie d'une pareille autorité. »

Ces quelques lignes éclairent suffisamment la portée de l'art. 47 pour qu'il soit constant que dans ce texte il s'agissait effectivement des actes de gouvernement tels que les comprenait la jurisprudence d'alors et tels qu'il importait de les défendre contre toute immixtion de la Justice administrative.

Or, c'est cette interprétation qui convient également à l'article 26 de la loi de 1872 : il vise aussi, très certainement, les mêmes actes : il est l'expression du besoin dont parle M. Hauriou, (17) d'élever devant la juridiction administrative depuis qu'elle est devenue justice déléguée, une barrière reposant sur la distinction de ce qui est administratif, et de ce qui est gouvernemental.

Voici, pour expliquer la genèse de cette distinction, à quelles considérations se livre cet auteur.

« Moyennant cette garantie d'indépendance bien modeste, le gouvernement laisse au Conseil d'Etat pleine liberté pour faire pénétrer le recours pour excès de pouvoir et avec lui la régularité dans toute l'administration : il lui abandonne même les actes les plus

(17) *Précis de droit administratif*, 3e édition.

discrétionnaires pourvu qu'ils soient administratifs et non gouvernementaux : ceci est la condition de celà. On peut affirmer que si le gouvernement n'avait pas pleine sécurité pour une certaine catégorie d'actes, il disputerait à la juridiction administrative tous les actes d'administration discrétionnaire : il se mettrait sur la défensive. » Puis, M. Hauriou conclut : « la théorie des actes de gouvernement est, dit-il, le résultat d'un compromis. On a mis certains actes hors de la légalité : moyennant ce sacrifice, tous les autres actes pourront être progressivement soumis à la légalité : ce compromis avantageux donne au Contentieux administratif et par là au droit public un vaste champ de développement. » V. Sirey, note 1893. 3. p. 129.

Peut-être y a-t-il, de la part de M. Hauriou, exagération à prétendre que la disparition de la justice retenue a, suivant sa formule, créé la théorie des actes de Gouvernement et à présenter comme une réalité l'existence seulement hypothétique du compromis auquel il fait allusion ; il est néanmoins incontestable qu'avec la substitution de la justice déléguée la théorie a pris un relief qu'auparavant elle ne possédait pas : l'intérêt plus direct qui s'attacha à cette conception sollicita plus vivement l'examen et c'est à une analyse plus minutieuse de l'acte de Gouvernement qu'est dû le revirement que maintenant nous allons observer dans la jurisprudence administrative.

Pendant une longue période dont la durée coïncide presque en entier avec le régime de la justice retenue

et s'étend jusqu'à sa disparition en 1872, ce qui ressort de la Jurisprudence c'est que, tout d'abord, elle n'a cessé de séparer l'acte de gouvernement de l'acte administratif et qu'ensuite elle a invariablement considéré comme gouvernemental l'acte du Pouvoir exécutif inspiré par des motifs politiques de sorte qu'il suffisait qu'une mesure administrative fut prise dans un but politique intérieur ou extérieur, pour qu'elle devint acte de Gouvernement.

Le mobile politique reçut un certain nombre d'applications sous la Restauration et la monarchie de juillet ; il servit spécialement d'argument au Conseil d'État pour justifier le rejet des recours que formèrent devant lui, à différentes reprises des membres de la famille Bonaparte en vue d'obtenir le paiement de sommes provenant de dotations dues à la générosité de l'Empereur, paiement que mettaient en litige le traité de Fontainebleau du 11 avril 1814 conclu à la suite de l'abdication de Napoléon et la loi du 12 janvier 1816 aux termes de laquelle « les membres de la famille Bonaparte ne pourront posséder en France aucun bien , titre, pension à eux accordés à titre gratuit (18) ». Survint en cet état de la jurisprudence, la loi

(18) Voici sommairement l'indication des ordonnances de rejet qui, en 1822-1838-1844, intervinrent à propos de ces réclamations.

a) Ordonnance du 1er mai 1822 (MACAREL : *Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat* (t. 8, p. 202) statuant sur la demande de la maison de Banque Laffitte, cessionnaire des droits de la Princesse Borghèse... « Considérant que la réclamation du sieur Laffitte tient à une question politique dont la décision appartient au Gouvernement.

b) Ordonnance du 5 décembre 1838 (MACAREL, t. 7, page 229) rejetant le pourvoi de la duchesse de Saint-Leu et sept autres pourvois à la même date, pour identité de motifs : « Considérant que les questions

de 1849 dont le texte et l'esprit éclairés par le rapport de M. Vivien ne permettent pas de douter du dessein du législateur de persévérer dans le système jusque-là suivi.

Ce système nous le retrouvons, en effet, dans de nouvelles décisions prises à l'égard de membres de dynasties déchues : c'est toujours le mobile politique qui caractérise l'acte de gouvernement et constitue la fin de non recevoir opposée par le Conseil d'État (19). Il n'y a pas lieu de s'étoner que pendant une phase aussi prolongée le Conseil d'État ait fait dépendre l'acte de gouvernement du mobile inspirateur, du but politique poursuivi : ses décisions en ce sens s'accordaient d'ail-

à résoudre se rattachent soit à des traités soit à des conventions diplomatiques, soit à des actes de gouvernement ayant un caractère essentiellement politique dont l'interprétation et l'exécution ne peuvent nous être déférées par la voie contentieuse

c) Ordonnance sur conflit du 22 août 1844 (MACAREL, année 1844, p. 508, désaisissant pour les mêmes causes le tribunal de la Seine qui avait accueilli la demande du prince Louis Napoléon en paiement d'arrérages échus d'un apanage.

(19) En 1852, devant le Conseil se présenta l'affaire des héritiers d'Orléans : Louis Philippe avait, en 1830, disposé par acte entre vifs au profit de ses enfants de ses biens, meubles et immeubles dans le but de les soustraire à l'application du principe de l'incorporation des biens du souverain au domaine de l'Etat : Or, le 22 janvier 1852, un décret déclara que les biens compris dans cette libéralité feraient retour au domaine. Les agents du domaine en ayant pris possession, une instance en revendication fut introduite devant le tribunal de la Seine par les héritiers d'Orléans : Sur la déclaration de compétence du tribunal, le Préfet de la Seine éleva le Conflit que le Conseil d'Etat régla par une arrêt déclarant que le Décret de 1852, acte évidemment politique, était un acte de gouvernement dont l'autorité judiciaire ne devait pas connaître.

C'est par un considérant identique que se termina en 1867 l'affaire dont le Duc d'Aumale avait saisi le Conseil d'Etat. Il s'agissait de la demande en annulation de la saisie que le Préfet de Police se conformant d'ailleurs aux ordres du Ministre de l'Intérieur, avait pratiquée sur les exemplaires d'un ouvrage dont il était l'auteur, l'Histoire des Princes de Condé. Le Conseil rejeta le recours par ce motif que la saisie ainsi que les instructions du Ministre représentaient des actes politiques non susceptibles de lui être déférés pour excès de pouvoir, par la voie Contentieuse.

leurs fort bien avec le régime en cours de la justice retenue ; elles en découlaient même virtuellement, subissant l'influence de cette justice qui, confondue avec le Pouvoir et disposée à seconder ses vues, ne manquait pas, pour cause de raison d'Etat, de se refuser à connaître de ses actes.

Par contre, du jour où la justice retenue disparut définitivement en 1872 un revirement fut à prévoir : Rendu indépendant le Conseil d'État se préoccupa beaucoup plus d'assurer aux citoyens les garanties sur lesquelles ils avaient le droit de compter ; particulièrement soucieux d'étendre le contrôle de la légalité et d'élargir ainsi sa sphère de compétence, il s'efforça de restreindre la part de l'arbitraire en soumettant les recours à une analyse plus pénétrante et plus juridique de leur objet.

L'esprit nouveau qui se dégagea de la réforme permit au Conseil de reconnaître le caractère inacceptable du mobile politique et de réagir contre cette fin de non recevoir tendancieuse qui fut désormais éliminée de ses décisions.

L'occasion se présenta en 1875 à propos du recours formé par le Prince Jérôme Napoléon contre une décision du Ministre de la Guerre rayant son nom de la liste des généraux de division figurant dans l'annuaire militaire de 1873 : vainement le Ministre protesta-t-il que sa décision était dictée par de hautes considérations politiques et ne pouvait à ce titre appartenir au Contentieux ; le commissaire du gouvernement répondit

qu'il ne suffisait pas qu'un acte, pour être placé en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel s'inspirât d'un intérêt politique, qu'il fallait encore qu'il se rattachât directement à l'un des objets pour lesquels des pouvoirs généraux ont été conférés au Gouvernement par la loi. Déférant à ces conclusions le Conseil d'État admit la recevabilité du pourvoi, mais le rejeta après examen du fond.

En 1880 se produisit, en vertu des décrets du 29 mars, la dissolution des Congrégations Religieuses non autorisées.

Le tribunal des Conflits (20) fut appelé à se prononcer sur le caractère de ces décrets et aussi sur celui des arrêtés préfectoraux intervenus pour fixer les mesures d'exécution.

Invoquant le but essentiellement politique des Décrets, l'administration prétendit qu'ils échappaient à toute compétence judiciaire ou administrative ; mais elle rencontra l'opposition du Commissaire du Gouvernement qui fit remarquer avec vivacité que la nature d'un acte ne pouvait dépendre de l'intention dans laquelle on l'avait fait, « qu'il suffirait alors de proclamer qu'une atteinte portée par l'administration à la liberté ou à la propriété de telle ou telle classe de citoyens est une mesure de haute police pour que les citoyens ainsi lésés dans les droits que les lois leur assurent fussent dépouillés de toute voie de recours. »

(20) *Tribunal des Conflits* : 5 nov. 1880. SIREY 1881. 3, p. 81 et s.

Adoptant cette opinion le tribunal des conflits passa outre aux prétentions de l'administration ; statuant au fond, il valida le conflit par ce motif que les actes en discussion constituaient des actes administratifs relevant de la juridiction administrative.

Nous citerons enfin comme preuve de l'abandon par la jurisprudence administrative du mobile politique l'arrêt du tribunal des Conflits rendu le 25 Mars 1889 : Affaire Dufeuille. Le nommé Dufeuille représentant le Comte de Paris se prétendait propriétaire d'exemplaires d'un manifeste adressé par le Comte avec son portrait à tous les maires de France, exemplaires qui avaient été saisis dans les Ateliers de l'imprimeur Paul Dupont, par le Préfet de Police agissant en vertu de l'art. 10 du Code d'Inst. Criminelle, sur les ordres du Ministre de l'Intérieur.

Dufeuille introduisit devant le tribunal de la Seine une instance en restitution. L'administration, après rejet par le tribunal d'un déclinatoire d'incompétence éleva le conflit, argumentant de ce que la saisie était un acte de Gouvernement soustrait à la compétence judiciaire.

Le tribunal des conflits annula l'arrêté de conflit « la saisie ne changeant pas de nature par ce fait qu'elle est ordonnée dans un but politique et approuvée par les Chambres ». Cette allusion finale à l'approbation par les Chambres contenait en même temps la réfutation d'une thèse contraire à la séparation du Pouvoir législatif et du Pouvoir exécutif, inacceptable, d'après

laquelle le vote d'un ordre du jour conseillant ou approuvant un acte du Pouvoir exécutif, modifierait la nature de cet acte administratif, le transformant en un acte de Gouvernement.

L'abandon par la jurisprudence d'un critérium qui donnait au Pouvoir toutes facilités pour commettre des abus réalisa très certainement un notable progrès ; il fut suivi presque aussitôt d'un nouvelle orientation, c'est-à-dire de la recherche d'une interprétation de l'acte de gouvernement, moins contingente et plus solide que celle résultant jusqu'alors du mobile politique.

Il parut logique d'admettre qu'un acte d'administration intervenu dans un but politique ne pouvait cesser pour cela d'être un acte d'administration de la compétence du juge administratif : pour résoudre la difficulté, le procédé jugé le plus satisfaisant consista à analyser l'acte même en le considérant au point de vue de ses caractères intrinsèques.

La jurisprudence entra dans cette voie et c'est en prenant comme base la nature de l'acte qu'elle s'est prononcée depuis la substitution de la justice déléguée : il ne semble pas toutefois qu'elle ait tenté de définir et de caractériser l'acte gouvernemental : elle s'est contentée de statuer sans systématiser, sans tenter de généraliser.

Par contre, la doctrine, par de nombreux organes, a proposé des formules destinées à fixer la démarcation des deux fonctions de gouverner et d'administrer

avec l'indication corrélative des actes qui dépendent respectivement de l'une et de l'autre ; mais ces essais dont quelques-uns méritent l'attention, celui notamment de M. Le Courtois (21) qui a repris en l'améliorant la thèse de M. Ducrocq, n'ont point échappé aux critiques à raison de leur imprécision et il est advenu que plusieurs auteurs, dans l'impossibilité de présenter un critérium scientifique et définitif ont préféré s'abstenir et se sont bornés à classer par catégories les actes de gouvernement (22) ou même plus simplement à en dresser la liste : « Il n'y a qu'un moyen de sortir d'embarras, dit M. Hauriou (23) c'est de procéder par énumération : il y aura certains actes dont on connaîtra la liste qui seront par nature des actes de Gouvernement et le seront dans tous les cas ; cette liste sera limitative : la doctrine travaille à cette liste de concert avec la jurisprudence mais, ajoute l'auteur, si l'on va au fond des choses, l'autorité qui doit être considérée comme chargée de la dresser est le tribunal des conflits puisque, d'après l'article 26 de la loi du 24 mai 1872, le gouvernement peut revendiquer devant lui les affaires portées à la section du Contentieux qui n'appartiendraient pas au Contentieux administratif. Ainsi l'arbitre souverain qualifié pour discerner l'acte de gouvernement serait le tribunal des conflits dont, semble-t-il, les décisions à cet égard s'imposeraient. M. Hauriou n'exprime-t-il

(21) LE COURTOIS : *Des Actes de Gouvernement*, page 135 et suiv.

(22) LAFERRIÈRE, tome II, page 34 et suiv.; JACQUELIN : *Les Principes dominants du Contentieux administratif*, 2e partie, chap. 3, page 310.

(23) HAURIOU : *Précis de droit administratif* 1907, page 437.

pas une opinion téméraire en concédant une telle prérogative à cette haute juridiction alors surtout qu'il néglige complètement d'énoncer les principes qui devraient la guider afin de la préserver de l'arbitraire toujours à craindre ?

Depuis que la justice est devenue déléguée, le mode d'interpréter l'acte de gouvernement a donc produit des divergences nombreuses.

Constatons toutefois qu'il y a lieu de tenir compte d'une tendance, qui sous la pression des idées de droit s'est progressivement manifestée, la tendance diamétralement contraire à celle qui prévalait dans le système de la justice retenue, de réduire autant que possible le nombre et la portée des actes de gouvernement pour ouvrir largement l'accès du recours aux individus menacés dans leurs intérêts et prêts à réclamer contre les injustices.

Autant nous paraît rationnel un pareil effort qui repose sur une conception plus nette de la légalité, autant est, suivant nous, excessive et inadmissible la prétention émise pour la première fois en 1879 (24) et renouvelée en 1881 (25) et 1889 (26) de supprimer totalement les actes de gouvernement sous prétexte que la théorie qui s'y rapporte serait inutile et mal fondée.

(24) PRAMARD : *De la notion de l'acte de Gouvernement*, page 136 ; TEISSIER : *Actes de la puissance publique* ; GAUTIER : *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, 1879, page 7.

(25) BRÉMOND : *Revue critique année* 1888, page 561 ; *Revue de droit public*, janvier, février 1896.

(26) MICHOUD : *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, 1889, t. I, n° 2.

§ 5. — De la disparition de la justice retenue et de l'influence de la réforme au point de vue des tendances de la jurisprudence administrative.

A. — Considérations Générales.

Jusqu'ici nous nous sommes proposé de mettre en relief les conditions dans lesquelles le Conseil d'État, héritier de la juridiction du chef du Pouvoir exécutif, avait bénéficié de la disparition de la justice retenue ; nous nous sommes ainsi rendu compte de la répercussion produite par l'avènement de la justice déléguée sur la détermination des attributions litigieuses dévolues au Conseil.

Si les effets directs de la réforme sont tels que nous les avons expliqués, n'est-il pas, si on envisage l'ensemble de l'œuvre du Conseil d'État depuis cette époque, une question qui s'offre naturellement à l'esprit, celle de savoir, au point de vue de l'exercice par le Conseil de sa fonction juridictionnelle, quel a été le résultat du régime inauguré en 1872 ?

Ce régime a-t-il été suivi d'un progrès réel, de garanties de justice plus efficaces ? Spécialement, la jurisprudence du Conseil, analysée dans ses rapports avec les deux principaux Recours contentieux, s'est-elle ressentie des prérogatives concédées à la haute assemblée ; son orientation, ses tendances en ont-elles subi l'influence ?

Le progrès n'est pas contestable : peut-on, en effet, se refuser à admettre la supériorité d'une justice qui, désormais maîtresse d'elle-même, dégagée de toute sujétion vis-à-vis du Pouvoir n'a plus besoin de soumettre ses arrêts à l'approbation préalable du Chef de l'Etat ?

Et pourtant on a élevé des doutes à cet égard et soutenu que la loi de 1872 n'avait rien ajouté ni à l'indépendance ni à l'autorité morale du Conseil, que la portée de l'innovation était plus apparente que réelle.

A partir de la création en l'An VIII du Conseil, l'idée de justice retenue n'a guère été, dit-on, que fictive puisque le Chef de l'État n'a jamais manqué d'adopter les avis du Conseil : c'est donc que les projets délibérés au Contentieux par ce dernier équivalaient à des arrêts véritables !

Observons que, s'il est vrai que le Chef de l'État n'ait pas refusé son adhésion, il lui est arrivé plusieurs fois de temporiser et de retarder ; ainsi, sous le gouvernement de juillet, le Roi ne signa qu'au bout de deux ans une décision rendue entre un particulier et l'administration des domaines ; sous l'Empire, un projet de décret délibéré en juillet 1852 et faisant droit à une demande de traitements arriérés, formée par deux magistrats de la Cour de Cassation ne fut signé qu'en mai 1861 (27).

Ces exemples, isolés sans doute, ne suffisent-ils pas néanmoins pour prouver l'imperfection du système

(27) LAFERRIÈRE, t. I, page 173.

antérieur et les avantages d'une réforme qui a rendu impossibles des abus de ce genre ? en outre, ne convient-il pas, d'apprécier les mesures complémentaires auxquelles le législateur a eu recours pour fortifier la valeur juridictionnelle du Conseil d'État ?

Aux précautions déjà précédemment prises pour écarter toute immixtion de l'administration active, comme l'exclusion des Ministres, l'exclusion également des Conseillers en service extraordinaire, la loi de 1872, art. 20, reprenant une disposition antérieure datant de l'ordonnance du 12 mars 1831, art. 3 « ajoute que les membres du Conseil d'État ne peuvent participer au jugement des Recours dirigés contre les décisions qui ont été proposées par les sections auxquelles ils appartiennent, s'ils ont pris part à la délibération. » Ainsi, un Décret a-t-il été signé après avis de l'une des Sections administratives, les membres de cette section délégués à l'Assemblée du Contentieux sont obligés de s'abstenir si l'annulation du Décret est réclamée : Par contre, il est vrai, au cas de Décret sur avis de l'Assemblée Générale, il ne saurait être question d'user d'un moyen similaire qui entraînerait alors la récusation du Conseil tout entier.

Donc, avec la justice déléguée, la confusion traditionnelle entre la fonction juridictionnelle et la fonction active a cessé, ce qui est un résultat dont l'importance ne saurait être atténuée par cette critique assez souvent émise : le Conseil, a-t-on objecté, composé de fonctionnaires reliés étroitement au Gouvernement et parti-

cipant à la fois à l'administration délibérante et à l'administration juridictionnelle n'est point un véritable tribunal : ses membres ne sont pas même dotés de l'inamovibilité ! Qu'est-il donc ? un Conseil qui juge, soit ! mais un Conseil soumis à l'éventualité d'influences provenant de ses attaches avec le Pouvoir exécutif !

Telle est la thèse soutenue notamment par M. Jacquelin (28) qui a très vigoureusement attaqué l'existence même de la juridiction administrative. Nous estimons toutefois que ses arguments d'une portée théorique surtout, n'offrent, si habiles soient-ils, qu'une faible résistance dès qu'on les confronte avec l'ensemble imposant des arrêts du Conseil, empreints à un si haut degré du souci de l'intérêt public et d'un esprit d'impartialité qui, mieux que par l'inamovibilité, s'explique par le sentiment intime de la dignité professionnelle et du devoir à remplir (29).

C'est cette jurisprudence, fortement assise sur la base du droit pour le Conseil de statuer désormais comme juge souverain et, pour la régularité de ses décisions subordonnée à des conditions garantissant sérieusement les droits des particuliers, qui s'est traduite de la manière la plus expressive et la plus variée dans la mise en œuvre des recours de pleine juridiction et en annulation pour excès de pouvoir dont la portée

(28) JACQUELIN : *Les principes dominants du Contentieux administratif.*

(29) AUCOC : *Conférences sur le Droit administratif*, 3e édit., tome I, nos 273 et 277.

domine le contentieux administratif tout entier et que l'article 9 de la loi de 1872 a déférés au Conseil ; c'est sur ce texte ratifiant et consolidant sa situation antérieure, assurant pleine carrière à son autonomie, que s'est appuyé le Conseil pour prendre des initiatives remarquables ; non seulement il a continué comme par le passé à utiliser la méthode prétorienne, n'hésitant pas, en cas d'absence ou d'insuffisance de textes positifs, à suppléer au silence de la loi et à combler les lacunes constatées, mais il n'a cessé, tout en procédant avec prudence, de communiquer à ses arrêts, avec plus de fermeté et de précision qu'autrefois, l'esprit d'opportunité et de progrès qui l'animait, témoignant d'intentions plutôt favorables aux intérêts des administrés qu'à ceux de l'administration.

Voici, dans cet ordre d'idées, une constatation de M. Laferrière (30) : Avant 1872 et dans les dernières années de l'Empire, il s'était produit dans l'élaboration des avis du Conseil qui précédaient le décret un certain relâchement juridique ; le Conseil, en effet, en présence du souverain tout puissant et seul responsable en définitive de ses Décrets, avait fléchi et acquiescé à une sorte d'effacement : d'où la conséquence que des questions qui auraient cependant mérité d'être réglées avec netteté n'obtenaient que des solutions trop facilement dictées par de vagues considérations politique ou d'équité.

(30) LAFERRIÈRE : *Traité de la Juridiction administrative*, tome I, p. 273 et 274.

Après 1872, au contraire, les arrêts sont étudiés de plus près, les doctrines plus hardiment affirmées, les attributions contentieuses du Conseil plus sûrement définies : résultats qui coïncident avec la conscience d'une responsabilité non plus empruntée et subsidiaire, mais propre et directe.

La comparaison de M. Laferrière qui se rapporte à une époque déjà un peu éloignée eut été accentuée davantage s'il avait pu prévoir l'amplitude du mouvement qui à la fin du siècle dernier et dans la première partie du XX^e^ siècle devait se manifester dans les branches essentielles de la justice administrative.

Or, à quelle cause rattacher cette évolution sinon à la très haute situation du Conseil d'État, jouissant depuis l'institution de la justice déléguée de prérogatives dont seul, antérieurement le souverain pouvait se prévaloir ?

C'est à n'en pas douter, son prestige qui lui a permis de ruiner la doctrine du Ministre-juge couramment admise jusqu'à l'arrêt Cadot (31) du 13 décembre 1889 ?

Avant cette date, on considérait comme à peu près incontestable (32) cette thèse que le Ministre remplissait le rôle de juge de droit commun chaque fois que sa décision comportait un recours contentieux devant le Conseil d'Etat (33). Cette décision avait la valeur d'un juge-

(31) Conseil d'Etat : Arrêt du 13 décembre 1889. SIREY, 1892-3-17.
(32) Conseil d'Etat : Arrêt du 24 juin 1881. SIREY, 1882-3-48.
Conseil d'Etat : Arrêt du 28 avril 1882. SIREY, 1884-3-27.
(33) HAURIOU : *Traité de Droit administratif*, page 952, 8^e^ édition.

ment et le recours au Conseil représentait la voie de l'appel.

Or, il advint que désertant la tradition, supplantant le ministre, le Conseil s'érigea en juge de droit commun : par là même fut réalisée la séparation rationnelle des deux fonctions de juger et d'administrer : donc, sous réserve des textes conférant compétence à un autre tribunal administratif, il dut être saisi en premier ressort et du recours en annulation (l'art. 9 de la loi de 1872 est formel en ce sens) et du recours de pleine juridiction « source, dit M. Hauriou (34), toujours jaillissante qui fournit continuellement des cas nouveaux. »

N'est-ce pas encore le renforcement de l'autorité du Conseil par la loi de 1872 qui a contribué grandement à influencer le *processus* par lui suivi pour soumettre à sa discipline juridictionnelle les diverses manifestations de l'activité administrative, toutes celles du moins qui, d'après son interprétation se combinant avec celle du tribunal des conflits, devaient rentrer dans le cadre de sa compétence ?

Là où ces tendances se sont particulièrement prononcées c'est dans l'opposition que le Conseil d'Etat a dirigée avec continuité et succès soit vis-à-vis des tribunaux ordinaires, en développant à leur encontre son contentieux de pleine juridiction, soit vis-à-vis de l'administration, forcée de subir un contrôle de plus en plus étendu de ses décisions, à raison des facilités d'accès accordées au recours en annulation.

(34) HAURIOU : *Traité de Droit administratif*, page 417.

B. — DES TENDANCES DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE DANS LE DOMAINE DU RECOURS DE PLEINE JURIDICTION.

D'abord comment le Conseil d'État a-t-il été amené à prendre position contre la justice ordinaire ?

Engagée dès avant 1872, la lutte entre les deux autorités rivales s'est, depuis cette époque, poursuivie sur le terrain de leur compétence respective à propos de litiges qui mettaient en jeu la responsabilité de l'Etat et des autres unités administratives, départements, communes.

L'objet de la discussion était de savoir comment règler cette responsabilité, lorsque, en dehors de tout règlement administratif à interpréter, elle avait sa source dans la faute commise par un agent ou fonctionnaire à l'occasion ou dans l'exécution d'un service public (35).

La théorie civiliste en matière de fautes recevrait-elle son application ? Fallait-il en conséquence se référer aux articles 1382 et 1384 du code civil, conclure à la responsabilité directe de l'auteur du dommage et à la responsabilité indirecte de l'Etat, du département... admettre, en un mot une double responsabilité analogue à celle qui existe entre commettants et préposés et reconnaître aux tribunaux ordinaires le droit de juger ?

(35) Dans le ressort de la gestion du domaine privé, la responsabilité de l'Etat dans les termes du droit commun était admise, de même que la compétence des tribunaux ordinaires.

Cette conception accueillie par des arrêts de la cour de Cassation, un peu anciens, fut l'objet de la part de la jurisprudence administrative d'une réaction qui devait étendre ses effets fort loin.

Presque au lendemain de la double attribution simultanée de la justice déléguée au Conseil d'État et au tribunal des Conflits (et sans nul doute sous l'influence de cette transformation) le tribunal des conflits rendit deux décisions dont l'importance subsiste : décisions dominées par des principes dérogatoires au droit commun que le Conseil d'État s'empressa d'adopter.

Dans une affaire *Pelletier C.* le Préfet de l'Oise, le tribunal des Conflits, adhérant à l'opinion émise par M. Laferrière, déclara le 26 juillet 1873 que pour interpréter l'acte incriminé d'un fonctionnaire et fixer la compétence, il était nécessaire de distinguer la faute personnelle de la faute de service, la première seule à la charge exclusive de l'agent et justifiant la compétence des tribunaux ordinaires, la seconde, par suite de son incorporation à l'acte administratif lui-même rentrant dans la catégorie des risques inséparables de l'exercice de toute fonction et n'entraînant pour le fonctionnaire aucune responsabilité.

Le tribunal des Conflits resserrait donc notablement la compétence judiciaire. Bien mieux ! il consacrait l'irresponsabilité de l'agent, lorsque l'acte reproché était considéré comme intimement relié à la fonction !

Mais dans cette éventualité, l'individu lésé n'avait-il pas au moins le droit de s'adresser, suivant le cas, soit

à l'État, soit à l'une des autres collectivités administratives pour obtenir réparation ? A supposer l'action recevable, quelle base lui assigner ? quelle juridiction saisir ?

Ici se place précisément la décision du tribunal des conflits 8 février 1873 affaire *Blanco* (citée plus haut) qui marque une étape essentielle dans l'histoire de la juridiction administrative.

Jusqu'à cette date, il y avait divergence entre la Cour de Cassation et le Conseil d'État ; tandis que la Cour se prononçait pour l'application de l'article 1384 et la compétence ordinaire, le Conseil, lui, écartait ce texte par ce motif qu'il visait les particuliers dans leurs rapports respectifs mais non les particuliers au regard de l'administration et prétendait en outre que la séparation des Pouvoirs impliquait dans l'espèce le recours à la juridiction administrative.

C'est ce sentiment plusieurs fois exprimé par le Conseil d'Etat que, dans le procès *Blanco*, le tribunal des conflits s'est approprié, le mettant en pleine lumière dans des considérants fréquemment cités qui ont inspiré les arrêts ultérieurs du Conseil et fait cesser les résistances.

Ce qui ressort expressément de ces considérants, c'est, dans la situation litigieuse que nous examinons, l'affirmation que l'État n'échappe pas à la responsabilité, que seule, la juridiction administrative est apte à juger « d'après des règles spéciales variant suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les

droits de l'État avec les droits privés » : formule très critiquée par certains, sous prétexte qu'elle livre accès à l'arbitraire et subordonne l'indemnité à l'équité voire même à la faveur, formule qui, à notre avis, traduit simplement cette idée exacte que, dans ce genre de problèmes à résoudre, la justice administrative mieux au courant des détails complexes de l'organisation des services publics est plus que toute autre apte à juger : au surplus l'équité ne justifie-t-elle pas des appréciations que ne tolère pas la rigidité des textes ?

Quoiqu'il en soit, il nous semble évident que les arrêts du tribunal des conflits précédemment rappelés dépendent, par leur date et par l'esprit qui en a dicté les motifs, de la transformation à peu près concomitante qui venait de se produire dans le caractère de la justice administrative ; à ce moment, le tribunal des conflits se sent pénétré de l'importance de son rôle, il a foi dans l'avenir de cette justice restaurée, libérée du Pouvoir : pour elle, il entrevoit un vaste domaine, des attributions élargies et voilà comment dans ses considérants, conçus sous forme d'axiomes impératifs, exclusifs, il affirme l'indépendance de sa méthode et de son jugement.

Naturellement disposé à partager les vues du tribunal des conflits, le Conseil d'Etat n'hésita pas à accepter les directives proposées, mettant à profit, dans les différentes occasions qui s'offrirent à son examen, les principes de l'arrêt *Blanco ;* en conséquence il rendit l'Etat pécuniairement responsable, à la condition toutefois

rigoureusement requise que le dommage eut sa source dans un acte de gestion.

A l'acte de gestion on opposait l'acte d'autorité, distinction essentielle et regardée comme incontestable par la doctrine et par la jurisprudence administrative. Seul, l'acte de gestion pouvait engager la responsabilité de l'Etat ; quant à l'acte d'autorité, même préjudiciant à un particulier, il n'admettait aucune réclamation à moins d'un texte contraire en décidant autrement.

Longtemps cette distinction prévalut : sa persistance est prouvée par un arrêt du Conseil d'Etat de date relativement récente : 13 janvier 1900 affaire *Lepreux* (36) qui dispose que l'Etat, Puissance publique ne répond pas, pour les mesures de police (actes d'autorité), de la négligence de ses agents.

Mais elle devait faiblir et s'effacer : ce n'est pas toujours chose aisée que de différencier les deux sortes d'actes ? et puis, n'est-il pas conforme à l'idée d'égalité des citoyens que quand l'Etat par un fait quel qu'il soit émanant de lui cause à l'un d'eux préjudice il lui verse, au nom et au compte de la collectivité dont il est le représentant, une indemnité, sorte d'assurance contre les risques de ses services ?

Ces réflexions jointes à la volonté de garantir aussi efficacement que possible les droits des administrés invitèrent le Conseil d'Etat à développer sa jurispru-

(36) SIREY : 1900-3-1.

dence et à reconnaître l'Etat responsable, même lorsqu'il agit au titre de puissance publique (37).

En même temps que se généralisait ainsi la responsabilité de l'Etat, la jurisprudence administrative poursuivant sa marche en avant entreprenait de réagir contre une anomalie qui depuis l'arrêt *Blanco*, n'aurait pas dû rationnellement se perpétuer.

Tandis que les questions de responsabilité intéressant l'Etat étaient soumises aux règles spéciales que nous connaissons, et qui portent une empreinte exclusivement administrative, les actions exercées dans les mêmes conditions de fait contre les départements et les communes continuaient à être régies par les articles 1382 et 1384 et dépendaient des tribunaux ordinaires.

Or, un tel contraste dans les solutions n'était-il pas singulier ? Quelle raison donner de cette différence quant à la compétence et quant au fond entre les deux responsabilités ? L'unité de la puissance publique ne s'oppose-t-elle pas à ce que le caractère des actes émanant de ses agents varie d'après le ressort territorial ? Ces actes ne mettent-ils pas en jeu, dans tous les cas, des rapports de droit public qui, comme tels, doivent comporter l'application des principes de l'arrêt *Blanco* ?

L'exactitude de l'objection attira l'attention de plu-

(37) En ce sens : Conseil d'Etat 27 février 1903. Affaire Zimmermann.
Conseil d'Etat 10 janvier 1905. Affaire Thomaso-Greco. SIREY 1905, 3, p. 112.
Conseil d'Etat 30 décembre 1909. Affaire Pluchard. Note : Hauriou.
Voir ces arrêts cités, par BERTHELÉMY, page 82.

sieurs auteurs (38) mais la jurisprudence administrative ne se laissa pas facilement gagner : trente années environ s'écoulèrent depuis l'arrêt *Blanco*, avant qu'elle se décidât nettement à enlever aux tribunaux judiciaires les questions de responsabilité des départements et des communes : il faut arriver à 1900 (39) pour voir se dessiner le mouvement qui s'accentuera dans les années suivantes.

Ce mouvement ne se fit pas toutefois sans résistance de la part de la jurisprudence judiciaire : gardant ses positions la Cour de Cassation resta, malgré certaines fluctuations qui se dégagent de ses arrêts, fermement attachée à sa doctrine d'après laquelle les règles applicables à l'Etat ne s'étendent pas aux autres unités administratives (40).

De son côté le Conseil d'Etat ne persista pas moins dans la voie qu'il s'était tracée (41).

La divergence menaçait de se perpétuer, lorsque survint l'affaire *Feutry :* cette fois encore, le tribunal des conflits assura le triomphe définitif de la justice administrative (42).

Ainsi se termina, l'évolution de près d'un demi siècle

(38) LAFERRIÈRE : t. I, page 686.
TEISSIER : *De la responsabilité de la puissance publique*, p. 84, 156 et suivantes.

(39) Conseil d'Etat 21 décembre 1900. Affaire Maucci. Sirey 1903-3, page 61.

(40) Cassation : Arrêt 11 janvier 1898 D. 99. 1. 265.
Cassation : Arrêt 2 mai 1906. Ville de Nimes contre Turson.

(41) Conseil d'Etat : Arrêt LACOUR, 16 février 1907 : Secrétaire de mairie congédié brusquement par une municipalité.

(42) Tribunal des conflits : Affaire FEUTRY, 29 février 1908.

du problème de la responsabilité qui met en relief à un très haut degré la force acquise, depuis la réforme de 1872, par la juridiction administrative, capable d'imposer ses décisions à la juridiction ordinaire obligée de céder et de capituler.

Au cours de l'évolution dont nous venons de retracer les phases essentielles se produisit, dans un domaine parallèle, une progression de compétence administrative qui mérite d'être signalée.

En dehors des obligations à la charge de l'Etat, des départements et des communes et dont l'origine est quasi délictuelle, il en est qui peuvent provenir d'une source contractuelle : il suffit de supposer des actes de gestion, vente, achat, louage, etc... intervenant entre l'administration et des tiers. Quel caractère et quelle compétence attribuer à ces opérations ?

La réponse nécessite des distinctions. S'agit-il d'opérations dont l'exécution concerne les biens, les intérêts privés de l'administration ? Nul doute, elles relèvent du droit commun et de l'autorité judiciaire ; pas de difficulté non plus relativement aux actes de gestion pour lesquels des textes ont fixé la compétence : ces textes doivent être observés : ainsi sont du ressort des tribunaux administratifs, les marchés de fournitures pour l'Etat et plus généralement tous les marchés de travaux publics.

Mais que décider au cas où l'opération contractuelle est liée à l'exécution ou au fonctionnement d'un service public ? Faut-il, si à ce propos nait un litige, consi-

dérer le contrat lui-même, abstraction faite de son objet, c'est-à-dire du but que se sont proposé les parties en cause, ne voir en conséquence, dans le louage, par exemple, conclu par un département, une commune, qu'une opération de droit civil réglée par le droit commun et soumise comme telle à la juridiction des tribunaux ordinaires ?

Le Conseil d'Etat avec une certaine hésitation inclina tout d'abord en ce sens, se déclarant incompétent dans une affaire *Moreau* 1er juin 1900 (43) et laissant aux tribunaux ordinaires mission d'interpréter le contrat allégué.

A très peu de distance pourtant, un revirement important modifia cette jurisprudence du Conseil. S'orientant dans une voie différente, le Conseil émit le principe que tous les litiges soulevés par le fonctionnement d'un service public rentraient dans sa compétence, les tribunaux judiciaires se trouvant exclus sous prétexte que par leurs jugements ils pourraient entraver la marche des services publics ; il affirma et consacra sa doctrine dans deux arrêts souvent cités :

Le 1er arrêt, affaire *Terrier*, 6 février 1903, fut rendu à la suite de la réclamation formée contre le département de Saône-et-Loire par le nommé Terrier, chasseur de vipères, en paiement de primes allouées par le Conseil Général du département pour destruction des ani-

(43) Commune actionnée par une sage-femme en paiement d'une subvention promise par le Conseil municipal pour la déterminer à exercer sa profession dans cette commune.

maux nuisibles ; « le crédit, ouvert en vue de cet objet, correspond, disait M. Romieu,commissaire du gouvernement, à un véritable service public, à une opération d'intérêt général qui sont assurés par voie de primes offertes aux particuliers... dès lors le litige est administratif. »

Le second arrêt (*Thérond*, 4 mars 1910) intervint à l'occasion d'un contrat de louage d'industrie passé par la ville de Montpellier avec le nommé Thérond, chargé de capturer et de mettre en fourrière les chiens errants.

De ces arrêts se dégage la conclusion que pour se prononcer sur la compétence administrative ou judiciaire, il suffit de rechercher si l'opération quelle qu'elle soit qui provoque le débat rentre ou non dans l'exécution d'un service public, national, départemental, communal.

Toutefois est-ce bien à cette conclusion, absolue dans sa portée, que correspond le dernier état de la jurisprudence ? On peut en douter si l'on se réfère à la décision du tribunal des conflits 4 juin 1910 *Cie Le Soleil*, ainsi qu'aux observations présentées par M. Blum dans l'affaire *Société des Granits*, arrêt du 31 juillet 1912 ; il en résulte, en effet, que c'est par la distinction suivante qu'il conviendrait de procéder :

Le contentieux administratif se restreindrait aux litiges relatifs aux contrats qui ont pour objet direct l'organisation ou le fonctionnement d'un service public tandis que la compétence deviendrait judiciaire toutes les fois que l'administration traiterait dans les condi-

tions ordinaires du droit commun, louant un immeuble pour y installer ses bureaux, s'entendant avec un fournisseur au sujet d'une commande, faisant en un mot ce qu'eut fait un simple particulier.

Mais cette délimitation des deux compétences n'est pas une tâche aisée : aussi peut-on sans témérité, prévoir qu'obéissant à ses tendances méthodiquement pratiquées d'extension le Conseil d'Etat voudra supprimer l'objection, écarter toute distinction et s'établir finalement sur un terrain que la justice ordinaire lui dispute encore !

c. — Des tendances de la jurisprudence administrative dans le domaine du recours en annulation pour excès de pouvoir.

Tout en élargissant son contentieux de pleine juridiction aux dépens de la compétence judiciaire, la justice administrative mettait résolument à profit le droit que lui confie la loi de 1872 d'annuler sur recours pour excès de pouvoir, les décisions exécutoires de l'administration. Ce droit est un droit exceptionnel qué seul, entre les différentes juridictions, le Conseil d'Etat peut normalement exercer à la condition toutefois de ne pas sortir de l'excès de pouvoir et qui déroge gravement au principe de la séparation des fonctions : l'annulation des actes émanant de l'initiative administrative ne devrait-elle pas en effet appartenir exclusivement à l'administration et ne pas rentrer dans les attributions d'un tribunal, si haut placé soit-il !

On connaît la cause de cette anomalie : elle provient de ce fait qu'au temps de la justice retenue, le chef de l'Etat, à la fois juge et administrateur suprême, puisait dans cette double qualité, lorsqu'il était saisi d'un pareil recours, le pouvoir d'utiliser pour une fin contentieuse, l'annulation, ce procédé par excellence du contrôle hiérarchique. Eh bien, quand en 1872 la justice retenue prit fin, le Conseil d'Etat, en souvenir du passé et par l'effet d'un reste de survie du cumul des fonctions, fut regardé, par cela même que pendant si longtemps il avait été le collaborateur intime du souverain, comme son continuateur. Identifié de la sorte avec lui il bénéficia naturellement sans surprise pour personne et par transmission légale de ses prérogatives.

C'est ainsi que, fort de son autonomie juridictionnelle, associée à la prérogative d'annuler, il entreprit de développer de plus en plus le recours pour excès de pouvoir, voulant au nom de la moralité administrative, assurer le contrôle aussi efficace que possible des actes de l'administration et préserver les citoyens de l'arbitraire et des abus.

Pour atteindre cet objectif il lui a suffi d'ailleurs de demeurer fidèle à ses traditions, à sa jurisprudence antérieure qui, déjà, sous le régime de la justice retenue, avait tant contribué à faire du recours, indéterminé, mal défini à ses débuts, une institution offrant un ensemble de règles précises, exempte de complications de procédure, inspirant par la solennité de ses arrêts en Assemblée du Conseil d'Etat statuant au Con-

tentieux une juste confiance aux administrés de moins en moins hésitants à porter devant le Conseil leurs réclamations.

Les points essentiels auxquels s'est étendu l'esprit d'expansion du Conseil d'Etat, se réfèrent à la recevabilité du recours et à ses ouvertures. En signalant les progrès réalisés dans ce double ordre d'idées nous nous croyons fondé à supposer que, au moins dans une certaine mesure, ils sont dus à la réforme qui a consolidé ses pouvoirs, affermi sa conscience de l'importante mission dont il était chargé et qui lui a permis, non seulement de tenir tête à l'administration, mais de la dominer et d'avoir vis à vis d'elle l'ascendant nécessaire pour la censurer, la suggestionner, suivant l'expression de M. Hauriou et l'amener à renoncer à des pratiques abusives et partant injustes.

Le Conseil d'Etat, venons-nous de dire, s'est particulièrement efforcé de développer la recevabilité du recours.

a) Il l'a prouvé en favorisant son application à toutes les décisions administratives exécutoires prises par une autorité dépendant à un degré quelconque de la hiérarchie administrative.

Cette généralisation est actuellement un fait accompli ; il ne subsiste que de rares exceptions, celle notamment qui concerne les actes de gouvernement et encore la liste de ces Actes a-t-elle été sensiblement réduite.

Par une innovation de date relativement récente,

n'échappent plus au recours les règlements d'administration publique, rendus en forme de décrets par le Président de la République après délibération en Assemblée Générale du Conseil d'Etat et sur invitation formelle du Parlement insérée dans le texte même de la loi que les règlements ont précisément pour objet de compléter.

Avant 1872, le recours ne s'y appliquait pas ; le Conseil d'Etat estimait qu'ils tenaient de la nature de la loi, sous prétexte que le Président de la République agissait dans la circonstance comme délégué du Pouvoir législatif. Mais, cette interprétation, contraire à l'idée que le pouvoir de faire la loi n'est pas susceptible de délégation, à changé et dans différents arrêts (44) en 1892, 1907, 1911, le Conseil leur a reconnu un caractère purement administratif : la conséquence de ce revirement a été l'admissibilité du recours d'abord pour irrégularité en la forme, puis pour irrégularité au fond, si par exemple, le Chef de l'Etat ne s'était pas cantonné dans sa mission strictement limitée à l'indication détaillée des mesures propres à assurer l'exécution de la loi (45).

b) D'autre part, le Conseil d'Etat a sensiblement facilité l'accès du recours, en rendant de plus en plus compréhensive la notion de l'*intérêt* requis comme

(44) Conseil d'Etat : 1er avril 1892.
Conseil d'Etat : 6 décembre 1907. SIREY 1908-3 d. Cie de ch. de fer.
(45) G. JÈZE : *Les principes généraux du Droit administratif* 1914, page 217 à 223.

élément à la fois nécessaire et suffisant de sa recevabilité.

A la différence de ce qui se passe dans le contentieux de pleine juridiction où le requérant, afin d'obtenir réparation du préjudice souffert, est obligé d'argumenter d'un droit, la justification d'un intérêt importe seule en cas de recours pour excès de pouvoir ; encore y a-t-il lieu de remarquer que la cause du recours n'est pas de satisfaire cet intérêt, l'intérêt n'entrant en ligne que pour attester le sérieux de la demande ; l'instance à laquelle ne participe aucun défendeur ne vise que l'irrégularité de l'acte et tend uniquement à son annulation *erga omnes* : aussi le recours pour excès de pouvoir apparaît-il de nature essentiellement objective.

C'est cette objectivité de mieux en mieux comprise qui précisément explique l'extension donnée par la jurisprudence du Conseil d'Etat à la formule d'après laquelle l'intérêt du réclamant pour motiver l'admissibilité du recours devait être *direct* et *personnel*, impliquer par suite, entre le requérant et l'acte qui lui fait grief, un rapport d'ordre légal spécial et déterminé.

Le résultat de l'extension signalée est qu'on ne saurait plus interpréter l'intérêt personnel en ce sens étroit et restrictif que l'acte attaqué se réfère exclusivement à celui qui réclame ; le fait que d'autres personnes peuvent exciper d'un intérêt identique n'empêche pas le recours d'être recevable : « la conception (46) strictement individuelle, écrit M. Hauriou, ne

(46) HAURIOU : Note SIREY 1904. 3. 3.

saurait être maintenue ; il est devenu évident que le recours est un moyen de bonne administration, une procédure contentieuse d'introspection administrative, une sorte d'action publique ou populaire et que l'individu qui la met en mouvement agit dans l'intérêt de tous.

Sans doute il faut toujours que le réclamant ait un intérêt personnel à agir ; mais il n'est plus soutenable que cet intérêt personnel doive lui être exclusivement particulier ; ce peut-être un intérêt qui lui soit commun avec tous les membres d'une collectivité : il suffit qu'il se réalise en sa personne, comme en la personne des autres, ni plus ni moins. »

Ainsi en a-t-il été décidé par le Conseil d'Etat dans certaines hypothèses où le réclamant se présentait en qualité de membre d'une collectivité dont un acte de l'administration avait lésé les intérêts.

Jusqu'à une date assez récente le Conseil d'Etat s'était refusé à admettre le recours du *contribuable ;* vainement celui-ci prétendait-il que les finances communales, avaient été irrégulièrement engagées par délibération du Conseil Municipal : son intérêt, dans l'espèce, lui répondait-on, n'était ni direct ni personnel ; le préjudice allégué n'atteignait l'ensemble des contribuables que par l'intermédiaire de la commune, et seuls les représentants de la commune étaient qualifiés pour agir (47).

(47) Conseil d'Etat : 10 février 1893. BIED-CHARRETON. SIREY, 1894. 3. 130, page 130.
10 mars 1893. POISSON. SIREY 1894, 3. 130.

Prétention difficilement acceptable que de voir dans les représentants d'une commune les mandataires de contribuables obligés d'accepter la responsabilté de délibérations prises par ses représentants !

Intervint, sollicité par un courant d'opinion, l'arrêt *Casanova* (48) 29 mars 1901 qui, innovant, formula ce principe que le contribuable d'une commune a, en cette qualité, intérêt à demander la nullité d'une délibération dont l'objet consiste dans l'inscription d'une dépense au budget d'une commune.

La portée de cet arrêt devait être accentuée par l'arrêt *Camus* (49) qui suivit à peu de distance : « Les contribuables, y est-il dit, sont personnellement intéressés à ce que les actes concernant la gestion du patrimoine communal soient accomplis dans les conditions prescrites par les lois. » Il ne s'agit donc plus seulement de vote de dépenses, de mode d'emploi de crédits susceptibles de motiver un recours : la voie du recours s'ouvre par rapport à la généralité des actes de gestion : l'administration financière des communes se trouve donc, par là même, soumise au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat s'exerçant dans de larges limites.

Quelques années plus tard, par une suite logique, l'arrêt *Richemond*, 27 janvier 1911, faisait application des idées qui précèdent aux contribuables du département (50).

(48) Conseil d'Etat : SIREY 1901, 3, page 73.
(49) Conseil d'Etat : Arrêt du 6 août 1906.
(50) Conseil d'Etat : Arrêt du 27 janvier 1911.

Un revirement de jurisprudence analogue à celui que nous venons d'observer s'est également produit à une époque contemporaine, dans une hypothèse qui mettait en jeu la qualité d'électeur, à propos d'un recours pour irrégularité du sectionnement d'une commune formé par plusieurs électeurs de cette commune contre la délibération du Conseil général qui l'avait ordonné.

L'arrêt du 7 août 1903 l'a déclaré recevable « les requérants électeurs de la commune ayant un intérêt direct et personnel à obtenir l'annulation de la délibération » (51).

Or jusqu'à cet arrêt, le Conseil d'Etat rejetait tous recours fondés sur le même motif ; il prétendait que le sectionnement d'une commune, tant qu'il n'avait pas été suivi d'élections, devait laisser les électeurs indifférents, cette opération pouvant sans doute modifier sensiblement la situation politique et administrative de la commune, mais n'affectant en aucune façon l'intérêt direct et personnel des électeurs.

Cette conception était évidemment en opposition avec l'objet du recours pour excès de pouvoir dominé par l'idée d'assurer la correction administrative et qui s'achemine à devenir une sorte d'action publique ouverte à chacun dans l'intérêt de tous.

Cependant l'évolution n'est pas encore arrivée à ce point.

(51) Conseil d'Etat : Arrêt Chabot et autres 7 août 1903. SIREY 1904 3. 3 Note de M. HAURIOU.

Le Conseil d'Etat résiste en effet à franchir l'étape qui le mènerait à reconnaître que la qualité d'*habitant* d'une circonscription administrative suffit, par elle seule, pour légitimer le recours : cette qualité qui se confond avec celle d'administré, lui paraît trop générale : aussi ne l'admet-il qu'autant que certains habitants invoquent un intérêt distinct de celui des autres habitants (52).

Quoiqu'il en soit, il est toutefois permis de prévoir que dans un avenir plus ou moins rapproché le Conseil d'Etat accentuant le caractère objectif du recours, finira par n'exiger que l'intérêt de tout administré à l'observation de la loi par l'acte administratif ; alors vraiment le recours pour excès de pouvoir sera transformé en action populaire.

c) Le recours pour excès de pouvoir mérite certainement d'être qualifié d'*extraordinaire* (53) : c'est ce qui explique que pendant longtemps, le Conseil d'Etat, observant une réserve prudente et tenant à éviter d'attirer à lui les litiges susceptibles d'être également soumis à d'autres juridictions lui reconnut un caractère seulement subsidiaire. De ce caractère résultait que quand, en dehors du recours, une voie de droit distincte s'ouvrait en même temps au réclamant et lui permettait de critiquer l'acte administratif qui lui causait grief, sa requête se heurtait à une fin de non recevoir déduite de l'existence d'un recours parallèle.

(52) HAURIOU : *Précis de droit administratif*, 8e édit p. 449.
(53) HAURIOU : *Précis de droit administratif*, p. 452.

L'attitude ainsi prise par le Conseil d'Etat se conciliait-elle avec sa prérogative d'apprécier souverainement la légalité des actes administratifs ? Convenait-il qu'il se dérobât à cette mission que ne limitait aucun texte, sous prétexte que devant une juridiction différente, certains de ces actes pouvaient être discutés ? Ces objections formulées par plusieurs auteurs firent à la longue impression sur le Conseil d'Etat : à partir de 1872 perdant peu à peu de sa timidité, il adopta une tactique plus hardie quoique encore mesurée. Il ne rejeta pas comme surannée et sans base légitime la fin de non recevoir, que nous examinons ; il en conserva l'application dans d'assez nombreuses hypothèses, mais il fit en sorte, analysant de plus près la nature du recours parallèle, de subordonner la fin de non recevoir à des conditions plus strictes, capables d'en restreindre la portée : voici des résultats de sa jurisprudence (54) :

La fin de non recevoir est écartée si le réclamant a plus d'intérêt à invoquer le recours pour excès de pouvoir qu'à user du contentieux ordinaire, quand il vaut mieux pour lui obtenir de suite l'annulation de l'acte administratif que d'être obligé de retarder l'action jusqu'au moment ou l'exécution de l'acte aurait produit des conséquences dommageables : c'est précisément de cette considération que l'arrêt *Chabot*, précédemment cité, a tenu compte, en accueillant le recours de l'électeur dès après sectionnement de la

(54) Note de M. HAURIOU : SIREY, 1904. 3. p. 1. 2. 3. 4.

commune sans que l'électeur ait eu besoin d'attendre les élections consécutives au sectionnement pour saisir alors le Conseil de Préfecture, compétent sur le recours électoral, tendant à l'annulation d'élections viciées par un sectionnement défectueux.

Par contre, la fin de non recevoir joue son rôle, lorsqu'il existe un moyen d'action constituant un recours direct et parallèle qui procure au requérant une satisfaction identique à celle qu'il retirerait du recours pour excès de pouvoir et lui permet de détourner les effets de l'acte : comme exemple, nous citerons la voie de nullité des articles 63 et suiv. de la loi du 5 avril 1884, contre les délibérations des Conseils municipaux : les effets sont identiques à ceux du recours pour excès de pouvoir.

L'examen général des conditions d'admissibilité du recours pour excès de pouvoir nous a permis de vérifier son remarquable essor.

Si maintenant nous envisageons ses causes d'ouverture, c'est-à-dire les cas dans lesquels l'annulation est encourue, nous constatons pareillement un progrès particulièrement très sensible depuis que le Conseil d'Etat, désireux d'intensifier son contrôle a fait du détournement de pouvoir une cause nouvelle d'ouverture qui est venue s'ajouter aux autres déjà existantes, l'incompétence, le vice des formes, la violation de la loi et des droits acquis, cette dernière détachée artificiellement depuis 1864 du contentieux de pleine juri-

diction dans un but d'économie pratique pour le requérant.

La jurisprudence en matière de détournement de pouvoir est partie de l'idée suivante : il ne suffit pas que les règles de compétence et de formes soient observées, et qu'aucun droit n'ait été violé : il importe, par surcroit, au point de vue de l'équité et de la sauvegarde des administrés, que l'agent dont émane la décision ne s'affranchisse pas de l'esprit de la loi qui a défini et limité ses pouvoirs : la légalité de surface doit se compléter d'une légalité intime, spirituelle : Il appartient au Conseil d'Etat, d'après l'analyse de l'acte lui-même et des motifs qui y sont énoncés, de voir si cet acte est ou non en harmonie avec les attributions que la loi a entendu conférer à l'agent : le champ d'application, on le conçoit, est vaste, il englobe tous ces actes appelés discrétionnaires livrés comme tels à l'initiative du fonctionnaire, arbitre de leur opportunité.

Le détournement de pouvoir a surtout fonctionné depuis le régime de la justice déléguée ; plus spécialement à partir de 1900, de fréquentes décisions sont intervenues inspirées par la recherche du mobile de l'acte, et le Conseil d'Etat saisi n'a pas hésité à annuler des actes administratifs, des arrêtés municipaux notamment, la preuve une fois rapportée qu'ils n'étaient pas conformes aux exigences de la moralité administrative et destinés bien plutôt à satisfaire des passions politiques ou privées, des intérêts financiers ou fiscaux.

Les exemples en ce sens sont nombreux (55) et ce que l'on peut avancer, c'est que, sous réserve de la justification à fournir, il n'est pas d'acte de l'administration qui échappe au recours pour détournement de pouvoir : le détournement de pouvoir est à l'heure actuelle, dit M. Hauriou, l'ouverture dont le développement est le plus à prévoir et le plus à souhaiter.

CONCLUSION

Arrivé au terme de cette étude, nous pouvons aisément, regardant en arrière, mesurer le chemin parcouru, le long temps qu'il a fallu à la Justice administrative pour devenir ce qu'elle est actuellement, pour se transformer de justice retenue, sa condition première, en justice déléguée avec les suites et garanties que comporte cette qualification.

Il n'y a pas lieu de s'étonner quand on a, comme nous, constaté les affinités étroites entre le Pouvoir et cette justice qui, d'après une vieille formule, a pour objet « les droits, prérogatives et prééminences de la chose publique » ; on conçoit que naturellement disposée à s'harmoniser avec lui elle ait, au cours des périodes de notre histoire, suivi les fluctuations des régimes politiques, qu'elle se soit adaptée aux modalités changeantes de la Souveraineté, éprouvant ainsi des vicissitudes que, dans sa marche parallèle, la justice ordinaire, souvent sa rivale, n'a pas connues, précisé-

(55) HAURIOU : *Précis de droit administratif*, pages 458 et 459.

ment par ce que les intérêts privés qui la limitent n'engendrent pas les mêmes réactions que les intérêts qui entrent en jeu quand il s'agit pour la justice administrative de régler le contact des individus avec l'Etat, ce contact, a-t-on dit, le point le plus délicat, le plus sensible de la machine sociale.

Maintenant que l'évolution de cette justice est un fait accompli, le contraste entre le passé et le présent ressort avec évidence.

Nous avons vu ce que signifiait la justice retenue : l'arbitraire à des degrés variant suivant les époques, l'autoritarisme du Souverain primant toutes considérations, le manque de garanties pour les particuliers, un pur opportunisme inspirant les décisions : autant de griefs fort graves qui provenaient directement de la confusion des pouvoirs et de l'assimilation erronée des deux fonctions pourtant différentes, d'administrer et de juger les litiges administratifs.

Ces griefs n'ont perdu de leur intensité qu'à dater du moment où graduellement est apparue, de plus en plus nette, la nécessité de distinguer ces fonctions et encore, au début, la distinction ne s'est-elle réalisée qu'imparfaitement et d'une manière toute relative, se traduisant par la création, dans le milieu même de l'administration, d'une section spéciale à laquelle le contentieux administratif était dévolu : telle la commission du Contentieux instituée par Décret du 11 Juin 1806 et regardée comme l'organe originaire, comme le noyau de la juridiction administrative.

Composée d'éléments puisés dans le Conseil d'Etat elle avait pour spécialité la préparation des avis à émettre par le Conseil sur les affaires litigieuses : mais malgré ses mérites, et l'autorité reconnue à ses Avis malgré ses perfectionnements ultérieurs, malgré l'abandon des procédés bureaucratiques remplacés par des procédés à caractère contentieux, il lui manquait la condition nécessaire à toute justice, l'indépendance puisque au chef de l'Etat seul appartenait le dernier mot, la décision !

La confusion, bien qu'atténuée par l'attitude déférente du souverain à l'égard des avis soumis à son agrément, persistait donc et c'était pour la justice une cause d'infériorité et de défiance !

Ce vice essentiel a pris fin avec la justice déléguée : affranchie désormais du Pouvoir et dotée d'une organisation comparable, comme garanties offertes aux particuliers, à celle de la Justice ordinaire, la Justice administrative est entrée pleinement dans la légalité : elle est représentée à son sommet par ce corps d'elite, le Conseil d'Etat qui, considéré dans ses formations contentieuses, réunit tous les traits d'une juridiction véritable, autonome et souveraine : Il est, en matière administrative, le tribunal suprême vers lequel converge l'ensemble du Contentieux de la Puissance publique par suite de son privilège, que nulle autre juridiction ne détient, de pouvoir, en vertu d'une juxtaposition de compétences, statuer à la fois en fait et en droit, soit comme juge de premier et dernier ressort, soit en

qualité de juge d'appel ou de juge sur recours en cassation.

On sait le prestige que vaut au Conseil d'Etat cette situation exceptionnelle ; il lui est permis également, pour légitimer sa haute considération, d'unir au souvenir de ses traditions et de sa collaboration aux actes du souverain, la valeur indiscutée de ses arrêts ; d'une manière générale, observe M. Jèze (56) le Conseil d'Etat juge très bien : le plus souvent il se borne à donner au litige une solution d'ordinaire excellente, sans la justifier longuement, il affirme plus qu'il ne discute : peu de tribunaux au monde rivalisent avec lui pour l'impartialité de ses décisions et la prudente hardiesse de ses innovations : et peut-être cette hardiesse n'est-elle possible que parce que le Conseil d'Etat en s'abstenant de donner à ses solutions la base d'une théorie générale, se réserve de changer sa jurisprudence, de la retoucher si l'expérience révèle des inconvénients ou des dangers.

Le Conseil d'Etat a donc largement fait ses preuves : son œuvre suffit, nous semble-t-il, pour désarmer les dernières critiques : vainement objecterait-on l'absence d'inamovibilité légale pour les juges du Conseil, vainement également la coexistence dans leur personne de cette autre qualité de conseillers administratifs ! une telle concomitance serait, au dire de M. Hauriou, plutôt avantageuse que nuisible à la Justice (57).

(56) JÈZE : *Les Principes Généraux du droit administratif*, 1914, page 111.

(57) HAURIOU : *Précis de droit administratif*, 1914, page 952.

Retenons surtout que l'honneur du Conseil d'Etat, son plus grand honneur peut-être, comme l'écrivait un Maître des Requêtes (58), est d'avoir, plus complètement depuis 1872 qu'auparavant, assuré à tous les Français les plus humbles et les plus obscurs le droit de réclamer l'annulation de l'acte du plus puissant des administrateurs, lorsque cet acte est vicié par la passion, l'ignorance ou l'injustice ; c'est son éloge d'avoir su dégager de la compréhension de la vie sociale bien plus que de l'amas des textes ce principe vraiment démocratique en vertu duquel l'autorité publique ne doit jamais s'exercer que dans l'intérêt de tous.

La fidélité à cette règle qui n'a cessé jusqu'ici de servir de guide à ses arrêts sera, n'en doutons pas, le moyen pour le Conseil d'Etat d'assurer, dans l'avenir, le développement continu et le perfectionnement de sa jurisprudence libérale et de contribuer, de la sorte, par des voies juridiques à l'apaisement si désirable des conflits qui, dans le champ indéfini et sans cesse renouvelé de l'activité administrative, s'élèvent entre les citoyens et la nation.

(58) CHARDON : *L'administration de la France*, 1908, pages 382 et suiv.

Vu : *Le Professeur, Président de la Thèse*,
E. ARTUR.

Vu : *Le Doyen*,
CH. TURGEON.

Vu et permis d'imprimer.
Rennes, le 4 Novembre 1919.
Pour le Recteur,
Le Doyen délégué, G. MOREAU.